

**Probleme des Versendungskaufes
unter besonderer Berücksichtigung
des Eigentumsüberganges**

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von Knut Fischer

Berlin 1962

Probleme des Versandungskaufes unter besonderer Berücksichtigung des Eigentumsüberganges

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von Knut Fischer



Berlin 1962

Referent: Professor Dr. iur. H. G. Ficker

Korreferent: Professor Dr. iur. J. Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1962

Meiner Mutter



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Disposition

A. Einleitung	1
B. Geschichtlicher Rückblick	2
I. Das justinianische Recht	2
II. Die Zeit von der Rezeption bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch	4
1. Das gemeine Recht	4
2. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	5
3. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten	7
4. Die Auseinandersetzung Thöl – Jhering	9
5. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch	10
6. Die Motive zu § 447 BGB	12
C. Die Besonderheiten des Versendungskaufes nach BGB	13
I. Die Versendung	13
1. Versendung <i>vom</i> Erfüllungsort	13
2. Erfüllungsort gleich Ort der Leistungshandlung oder des Leistungserfolges	15
3. Versendung auf Verlangen des Käufers	20
4. Versendung als Nebenpflicht	20
5. Die Versendungsgeschäfte der Versandhäuser	21
II. Die Gefahrtragung	23
1. Begriff der Gefahr in § 447 BGB	23

2. Umfang des Verschuldens des Verkäufers	
während der Versendung	28
a) Eigenes Verschulden des Verkäufers	28
b) Haftung des Verkäufers für fremdes Verschulden	
nach § 278 BGB	29
3. Zeitpunkt des Gefahrüberganges bei § 447 BGB	32
III. Der Eigentumsübergang beim Versendungskauf	33
A) Allgemeines	33
B) Der Besitzübergang	33
1. Möglichkeiten des Besitzüberganges bei Auslieferung	
der Ware durch den Verkäufer an die Transportperson	33
2. Unterscheidung von Besitzmittler	
und Besitzdiener	34
3. Anwendung auf die Transportperson	34
4. Transportperson gleich Besitzmittler des Verkäufers	35
a) Ausnahmefälle	35
b) Ausnahmefälle	36
c) Besitzdiener/Besitzmittler begrifflich verschieden	
vom Boten/Stellvertreter	36
5. Im Normalfall unmittelbarer Besitz der Transport-	
person, mittelbarer Besitz des Verkäufers mit Aus-	
lieferung an den Transporteur	37
6. Mittelbarer Besitz des Verkäufers bis zur Ankunft	
des Gutes am Bestimmungsort	38
7. a) Ergeben sich besitzrechtliche Änderungen	
bei Ankunft des Gutes am Bestimmungsort?	38
b) Ergibt sich auf Grund von § 435 HGB	
eine Änderung in der Besitzlage?	38
aa) Die Meinung von Ebeling	39
Kritik zu dieser Meinung	
bb) Die Meinung von Gaertner und Frommer	41
Kritik zu dieser Meinung	
cc) Eigener Lösungsvorschlag	42

c) Ergibt sich auf Grund von § 433 HGB eine Änderung in der Besitzlage?	42
aa) Die Ansicht der herrschenden Lehre	43
bb) Die Gegenmeinung von Haase und Veelken	43
Kritik zu dieser Meinung	
Eigener Lösungsvorschlag	
8. Übertragung des mittelbaren Besitzes vom Verkäufer auf den Käufer	
<i>während</i> der Versendung	47
a) Die Übertragung durch Zession des Herausgabeanspruchs gemäß § 870 BGB	47
aa) Kann durch die Zession <i>dieses</i> Herausgabe- anspruchs auch das Eigentum gemäß § 931 BGB auf den Käufer übertragen werden?	48
b) Ist eine Übertragung mittels Zession unbedingt erforderlich?	50
aa) Die Meinung von Gaertner und Haase	50
Kritik zu dieser Meinung	
bb) Die Meinung von Ebeling	53
Kritik zu dieser Meinung	
cc) Abschließendes Ergebnis	54
9. Zusammenfassung	55
C) Die Einigung	55
1. Die heute überwiegend vorgeschlagene Lösung	55
2. Eigene Feststellungen dazu	56
3. Die Einigung als formloser dinglicher Vertrag	57
4. Die Abgabe des Einigungsangebotes seitens des Verkäufers	57
5. Die Übermittlung des Einigungsangebotes	58
a) Ist die Transportperson Bote oder Stellvertreter?	58
Merkmale für die Unterscheidung Bote - Stellvertreter	
b) Anwendung auf die Transportperson	60
c) Welche Wirkung hat die Beschränkung der Vollmacht der Transportperson?	61

6. Fehlhandlungen der Transportperson	65
7. Annahme der Ware und Annahme des Einigungs- angebotes durch den Käufer	70
8. Übergang des Eigentums auf den Käufer bei mangelhafter Ware	71
9. Zusammenfassung	72
 D. Rechtsvergleichung	 73
I. Einleitung	73
II. Die Rechtssysteme des Vertragsprinzips	73
1. Das französische, luxemburgische, belgische und italienische Recht	73
2. Das englische Recht	76
III. Die Rechtssysteme des Traditionsprinzips	80
1. Das österreichische Recht	80
2. Das schweizerische Recht	83
IV. Gemischte Rechtssysteme	89
1. Das niederländische Recht	89
2. Das skandinavische Recht	92

A. Einleitung

Aus der leichten, schnellen Überwindung auch großer Entfernungen durch die moderne Verkehrstechnik, der Ausweitung der Märkte durch internationale Marktzusammenschlüsse folgt eine immer differenziertere nationale und internationale Arbeitsteilung. Nur noch wirtschaftliche, nicht nationale Gesichtspunkte sind für den Entschluß maßgebend, an welchem Ort eine Fabrikationsstätte errichtet und in welchen, oft verschiedenen und weit entfernten Ländern die einzelnen Rohstoffe für ein Fertig-Produkt gekauft werden. Die zunehmende Produktionskraft der Weltindustrie einerseits, steigender Massenkonsum andererseits vermehren in schneller Progression auch die Zahl der Kaufhandlungen des einzelnen. Neue Handelsformen, wie Versand- und Diskonthäuser, trachten mit dem Versand nach Katalogbestellung, den Handkauf des täglichen Lebens zu ersetzen.

Der Handkauf, auf dem das BGB seine Regelung des Kaufrechts aufbaut, wird also seltener, während der Kauf über Entfernungen hin ständig an Bedeutung gewinnt.

Aber nur in einem einzigen Paragraphen des Bürgerlichen Rechts wird dieser Sonderfall des Kaufrechts geregelt, wobei der § 447 BGB nur die Frage beantwortet, wann im Fall des Versendungskaufes die Gefahr auf den Käufer übergeht.

Es ist daher nur natürlich, daß sich um die Rechtsprobleme des Versendungskaufes, die er wie jedes häufig verwendete Rechtsgeschäft des praktischen Lebens notwendigerweise mit sich bringen mußte, zahlreiche Diskussionen in Wissenschaft und Rechtsprechung entzündet haben. Manche Probleme sind gelöst, andere – es sei nur die Frage der Beschlagnahme rollender Ware in Krieg und Frieden erwähnt – haben noch keine einheitliche Antwort gefunden. Hier einen Beitrag zur Klärung zu bringen, ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

B. Geschichtlicher Rückblick

1. Das justinianische Recht

Das römische Recht des Corpus Juris kennt trotz des regen Handelsverkehrs nicht das besondere Institut des „Versendungskaufes“, und zwar weder im Sinne des echten Versendungskaufes noch als Platzgeschäft¹. Es gibt in den Quellen keine Stelle, in der der Versendungskauf eine besondere Erwähnung gefunden hätte. Der Versendungskauf regelte sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen des Eigentums- und Gefahrüberganges. Wie unsere Rechtsordnung, unterschied das justinianische Recht zwischen obligatorischem und dinglichem Eigentumsübergang.

Der Verkäufer war auf Grund des Kaufvertrages verpflichtet, die gekaufte Sache an den Käufer zu übergeben. Er blieb bis dahin Eigentümer, die „traditio“ war wesentliches Erfordernis des Eigentumsüberganges²: „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“ (C 2, 3, 20).

Dagegen war die Frage des Gefahrüberganges nicht von der Übergabe oder dem Eigentumsübergang abhängig. Dem Verkäufer stand der Kaufpreisanspruch zu, auch wenn der Käufer die gekaufte Sache nicht erhielt, weil sie zwischen perfektem Kaufabschluß und Empfang durch Zufall (casus) untergegangen war³.

¹ Kleinrath, S. 12

Federl, S. 26

Regelsberger in A. c. P. Bd. 49, 201/202

² Würdinger in RGRK zum HGB Vorbem. zu § 373, Anm. 169

Sohm-Mitteis-Wenger, S. 429

³ Dig. XVIII, 6, 8

„Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet, et si id quod venierit, appareat quid, quale, quantum sit, et pretium et pure veniit, perfecta est emptio.“

Schwind, S. 313

Sohm-Mitteis-Wenger, S. 427

Natürlich mußte auch im römischen Recht beim Kaufvertrag über eine Gattungssache diese erst individualisiert werden⁴. Bis zu diesem Augenblick der Individualisierung trug der Verkäufer die Gefahr; gingen die zu liefernden Gattungssachen vorher beim Verkäufer unter, so wurde der Käufer nicht davon betroffen, denn die Sachen waren nicht die geschuldeten⁵.

Ging also nach Abschluß des Kaufvertrages die gekaufte Sache – sei es Speziesschuld oder konkretisierte Gattungsschuld – vor der Übergabe zufällig unter, so hatte der Käufer grundsätzlich den Kaufpreis zu zahlen^{6,6a}.

Die römischen Juristen haben jedoch diese Regel des „periculum est emptoris“ nicht starr angewandt und den Übergang der Gefahr im einzelnen praktischen Fall auch anders geregelt. So ist in Dig. XVIII, 6, 12 u. 14 ein Fall behandelt, in dem ein Verkäufer verkaufte Betten zum Hause des Käufers zu bringen hatte. Auf dem

⁴ So die einstimmige Lehre, siehe besonders Regelsberger a. a. O., S. 187 unter Berufung auf die Stellen: Dig. XVIII, 1, 35, 5 und XVIII, 1, 35, 7

⁵ Sohm-Mitteis-Wenger, S. 426
Schwind, S. 317

⁶ Inst. III, 23, 3 – 3 a

„Cum autem emptio et venditio contracta sit, (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.“

Sohm-Mitteis-Wenger, S. 427

Schwind, S. 315

Kaser, Römisches Privatrecht, S. 460 – 461

a) Hier besteht seit jeher eine bedeutsame Streitfrage:

Sohm-Mitteis-Wenger, Anm. 8 auf S. 42: „Das Prinzip des periculum emptoris, eine der berühmtesten und signifikantesten Regeln des römischen Rechts, ist wieder einmal eine dem klassischen Recht total fremde byzantinische Erfindung, welche Tribonian durch eine große Zahl von unerhört kühnen Interpolationen den Klassikern unterschoben hat.“

Die heute herrschende Meinung geht aber doch dahin, daß die Regeln über die Gefahrtragung klassischen Ursprungs sind.

Schwind, S. 317, mit weiterer Literatur

Kaser, Römisches Privatrecht, S. 460, Anm. 33

Kreller, S. 354, Anm. 7

Wege dorthin ließ sie ein Aedil zerschlagen⁷. Erstaunlicherweise wird dahin entschieden, daß der Verkäufer seinen Preisanspruch verloren habe, weil die Ware noch nicht übergeben worden sei. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die römischen Juristen diesen Teil der Gefahrtragung genau wie die heutige Lehre entschieden haben, die in Abweichung von den Regeln des Versandungskaufes den Verkäufer dann die Gefahr tragen läßt, wenn die versendete Sache auf dem Wege durch behördlichen Eingriff untergeht oder verschlechtert wird⁸.

II. Die Zeit von der Rezeption bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Das gemeine Recht

Das gemeine Recht kannte ebensowenig wie das römische Recht eine besondere Regelung des Versandungskaufes. Es galt also auch hier für die Versandungsgeschäfte der allgemeine Grundsatz: *periculum est emtoris*⁹. Entscheidend war allein, wann der Kaufvertrag perfekt war, da zu diesem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer übergang¹⁰. Maßgebend waren hierfür Dig. XVIII, 6, 8¹¹, wonach der Kaufvertrag perfekt war, wenn der Leistungsgegenstand individualisiert war, der Preis feststand und keine aufschiebende Bedingung dem Vertrag zugrunde lag¹².

⁷ Dig. XVIII, 6, 12: „Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori aut per eum stetisset quo minus traderentur emtoris periculum esse placet...“

Dig. XVIII, 6, 14: „Quod si neque traditi essent neque emtor in mora fuisset quo minus traderentur venditoris periculum erit...“

Zu dieser Stelle siehe besonders

Rabel, „Gefahrtragung beim Kauf“ in Savig. Z., Bd. 44, S. 555
Dernburg, Pandekten II, S. 263, Anm. 2

⁸ Siehe S. 25/26

⁹ Federl, S. 29/30
Kleinrath, S. 13

¹⁰ Dernburg, Pandekten II, S. 263

¹¹ Zitiert auf S. 2, Anm. 3

¹² Windscheid, Pandekten II, § 390
Kreller, S. 354

Diese Voraussetzungen der Perfektion waren beim Spezieszkauf mit Vertragsabschluß erfüllt. Beim Genuskauf jedoch brachte der Grundsatz, daß die Gefahr mit Perfektion des Vertrages übergeht, erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Denn hier entstand zusätzlich das Problem, wann der Kaufgegenstand zur Perfektion des Vertrages genügend konkretisiert war. Die gemeinrechtliche Lehre hat dieses Problem jedoch wenig vertieft; sie forderte für den Gefahrübergang beim Genuskauf die Übergabe der Ware an den Käufer und ließ die Fragestellung, ob auch ohne Übergabe eine Konzentration und damit Perfektion des Vertrages eintreten könne, unberücksichtigt¹³.

2. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis vom Jahre 1756 ist bei der Regelung des Eigentums- und Gefahrenüberganges den römisch-rechtlichen Grundsätzen gefolgt¹⁴, zumal er generell römisches Recht subsidiär gelten ließ¹⁵. Nach Cod. II. c 3 § 7 geht das Eigentum an beweglichen Sachen auf den Erwerber über, wenn ihm die Sache vom rechtmäßigen Eigentümer auf Grund eines Titels tradiert wird¹⁶. Dieses Traditionsprinzip wird auch in den Vorschriften über das Kaufrecht noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, Cod. IV. c 3 § 10¹⁷.

Der Gefahrübergang dagegen erfolgt entsprechend den Prinzipien des römischen und gemeinen Rechts nach dem Grund-

¹³ Dazu auch Kleinrath, S. 13

¹⁴ Kleinrath, S. 17

¹⁵ Enneccerus-Nipperdey I, § 8 II 2

¹⁶ Cod. II c 3, § 7: „Eine rechtmäßige Uebergabe oder Einräumung, wodurch das Eigenthum von einem auf den anderen gebracht wird, erfordert 1 mo, daß der Ueberger zur Auslieferung und der andere Theil zur Acceptation befugt sey . . . 2 do Soll ein Titulus Dominii translativus, das ist eine solche Ursache, wodurch man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt, z. B. ein Tausch, Kauf, Darlehen, Schankung ec. vorhanden seyn.“

¹⁷ Cod. IV c 3, § 10: „6 to Erlangt der Käufer das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe, . . .“

satz des *periculum est emptoris* mit Abschluß des Kaufvertrages, Cod. IV c 3 § 11¹⁸.

Diese Regelung der Gefahrtragung ist eine Ausnahme zu dem an zahlreichen Stellen des Codex hervorgehobenen Prinzip des „*res pereat suo Domino*“¹⁹. Der Schöpfer²⁰ des Codex begründet diese Ausnahme dahingehend: „Von der Zeit an, da der Kauf geschlossen ist, trägt der Käufer sogar schon vor der Extradition regulariter alle Gefahren von der verkauften Sache, wenn solche Schaden leidet oder gar zugrunde geht; denn ob schon juxta § 10 c 3 IV der Käufer vor wirklicher Übergabe noch nicht Eigenthümer von der Sache ist, mithin die Gefahr und der Verlust *per regulam juris*, *quod res pereat suo domino* vielmehr den Verkäufer *qua dominum rei* als den Käufer betreffen sollte, so statuirt doch die Jura hierin ein anderes, theils weil der Käufer juxta § 13 c. 3 IV von obiger Zeit an alles *Commodum rei venditae* genießt, sohin auch billig ist, daß er die Gefahr trägt, theils weil Verkäufer nicht *debitor generis*, sondern nur *speciei* ist, *qua per emta debitor liberatur*.“

Selbstverständlich war bei dieser Regelung der Gefahrtragung für eine besondere Bestimmung bei Versendungskäufen kein Platz, da § 11 c 3 IV für alle Käufe generelle Anwendung fand.

¹⁸ Cod. IV c 3, § 11: „Obwohl jetztgedachtermaßen der Käufer das Eigenthum der verkauften Sache durch den bloßen Contract ohne erfolgende wirkliche Uebergabe niemal erlangt, so trägt er gleichwohl von Zeit des geschlossenen Contractes, auch noch vor geschehener Extradition, wider die sonst obwaltende Rechtsregel: *Quod Res pereat suo Domino*, die Gefahr der Sache dergestalt, daß, wenn sie etwa zu Grunde gehet, oder deteriorirt wird, alsdann der Schade oder Verlust nicht mehr den Verkäufer, sondern den Käufer betrifft, folglich auch der Kauf-Schilling defungeachtet ganz bezahlt werden muß; wohingegen aber auch der Käufer solchenfalls befugt ist, wider alle Jene, welche an sothanem Schaden, Verlust oder Untergang der Sache Schuld tragen, also fort zu agiren, ohne daß er heut zu Tage noch eine vorläufige *Cessionem Actionis* hienzu vonnöthen hat.“

¹⁹ Siehe besonders Cod. IV c 2, § 3 Nr. 7: „... weil das verlorne Gut ihm eigenthümlich gewesen, folglich auch Niemanden als ihm selbst zu Grunde gegangen ist.“

Sowie Danzer, Anm. zu Cod II c 2, § 15 mit eingehendem Stellennachweis.

²⁰ v. Kreittmayr, Anm. 1 zu §§ 11, 12 c 3 IV = IV. Teil, S. 180

Auch wenn diese Regelung der Gefahrtragung historisch weit zurückreichend begründet ist, so erscheint sie doch heute nicht als ideale Lösung, da sie einseitig die Stellung des Verkäufers begünstigt.

Die Begründung v. Kreittmayrs zu § 11 c 3 IV Codex, der Käufer müsse mit Vertragsabschluß die Gefahr tragen, weil ihm das Commodum gebühre, erweist sich zudem als Kreisschluß, da § 13 c 3 IV – die Regelung de Commode rei venditae – dem Käufer das Commodum nur zuspricht, weil er die Gefahr trägt²¹. Wir werden jedoch im folgenden sehen, daß auch die späteren Kodifikationen der Zeit des gemeinen Rechts die Fragen des Gefahrüberganges, insbesondere bei Versendungskäufen, nur unvollständig zu lösen vermochten.

3. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 hat das gemeinrechtliche Prinzip des Gefahrüberganges mit Perfektion des Vertrages dagegen nicht übernommen, zumal es in seinem Bereich das gemeine Recht aufhob²², sondern hat den Gefahrübergang mit der Übergabe der Sache an den Käufer verbunden.

Im ALR war es zur Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen erforderlich, daß der Eigentümer auf Grund eines Titels²³ dem Erwerbenden die Sache in der Absicht übergab, Eigentum zu übertragen, und dieser sie in der Absicht annahm, Eigentum daran zu erwerben²⁴. Mit der Übergabe gingen im ALR sowohl das Eigentum als auch die Gefahr über.

Das ALR hat nun die Übergabe beweglicher Sachen unter Abwesenden – auf die es hier ankommt – durch besondere Vorschriften geregelt²⁵. Die Übergabe unter Abwesenden ge-

²¹ Cod. IV c 3, § 13: „Nachdem der Käufer verstandenermaßen regulariter die Gefahr bey der verkauften Sache von Zeit des Contractes auf sich hat, so gebührt ihm hingegen auch das Utile von der Zeit des Contractes.“

²² Enneccerus-Nipperdey I § 9 I 3

²³ I, 9, § 2

²⁴ I, 10, § 1

Fischer, S. 210

Förster-Eccius, Band III, S. 256

²⁵ I, 11, §§ 128 – 130, 133 Abs. 1

schieht entweder an den Bevollmächtigten des Käufers am Erfüllungsort oder durch Versendung der Ware vom Erfüllungsort zum Käufer mit der Aushändigung der Ware an den Frachtführer²⁶.

Die Versendung durfte auf Grund einer Anweisung des Käufers oder nach dem Gutbefinden des Verkäufers erfolgen, wenn diesem vom Käufer ausdrücklich oder stillschweigend die Übersendungsart überlassen worden war. Das Gesetz nahm allerdings eine stillschweigende Genehmigung an, wenn der Verkäufer vom Käufer die gewählte Art der Zusendung erfahren und nicht mit nächster Post gemißbilligt hatte²⁷. Lagen die Voraussetzungen von I, 11, § 129 ALR nicht vor, so ging mit der Versendung der Ware weder das Eigentum noch die Gefahr auf den Käufer über, da es dann an der gehörigen Übergabe fehlte²⁸.

I, 11, § 128 ist eine Sondernorm des Kaufrechts, regelt aber sowohl den Übergang der Gefahr als auch des Eigentums, was sich aus dem klaren Wortlaut des I, 11, § 128 ALR ergibt. Umstritten war dadurch die rechtliche Stellung der Mittelsperson in I, 11, § 128, da hiervon die Konstruktion des Eigentumsüberganges abhing²⁹.

²⁶ Siehe dazu

I, 11, § 128: Unter Abwesenden ist die Übergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden ist.

I, 11, § 129: Doch muß die Übermachtung entweder nach der Anweisung des Käufers geschehen oder von diesem die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers ausdrücklich oder stillschweigend überlassen worden sein.

I, 11, § 130: Auch wird, wenn durch eine solche Übergabe Eigentum und Gefahr auf den Käufer übergehen soll, vorausgesetzt, daß der Kauf selbst unter den abwesenden Parteien völlig abgeschlossen worden ist.

Auch Fischer, S. 390

Förster-Eccius, Bd. II, S. 62

²⁷ I, 11, § 133

²⁸ Gruchot 9, S. 401

²⁹ Gruchot 9, S. 392 ff

Ein Teil der Lehre³⁰ nahm an, daß I, 11, § 128 ALR eine gesetzliche Fiktion sei, da die Mittelsperson während der Versendung keine Rechtsbeziehung zum Käufer habe, außer wenn sie Bevollmächtigter des Käufers sei, sie vielmehr den Weisungen des Veräußerers unterworfen bleibe und als dessen Stellvertreter erscheine. Wenn der Verkäufer aber die Sache übergebe und dabei den Übereignungswillen kundtue, so gehe trotzdem das Eigentum über. I, 11, § 128 sei somit eine gesetzliche Fiktion. Das ROHG³¹ entschied demgegenüber dahingehend, daß die Mittelsperson in der Regel als ausdrücklich oder stillschweigend bestellte Mandatarin des Käufers anzusehen sei. Die Streitfrage ist eben dadurch verursacht, daß der anders als im BGB bereits mit der Übergabe an die Transportperson erfolgende Eigentumsübergang rechtlich kaum zu konstruieren ist. Die Annahme einer gesetzlichen Fiktion dürfte noch die vertretbarste Lösung sein.

4. Die Auseinandersetzung Thöl – Jhering

Einen wesentlichen Fortschritt für die Fragen der Gefahrtragung brachte die Auseinandersetzung zwischen Thöl und Jhering in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Diese wissenschaftliche Diskussion war dabei hauptsächlich auf die Frage beschränkt, wann beim Gattungskauf die Perfektion eintrat und damit die Gefahr übergang.

Thöl³² hat dieser Frage 1841 eine eingehende Untersuchung gewidmet und kam auf Grund seiner Apparitionstheorie zu dem Ergebnis, daß die Gefahr beim Genuskauf nur unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Spezieskauf übergehe. Bei der Versendung einer gekauften Gattungssache gehe die Gefahr über, wenn sie tatsächlich ausgeschieden und eine so genaue Beschreibung der ausgewählten Sache an den Käufer gelangt sei, daß der Beweis der ausgesuchten und abgesendeten Sache mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden könne.

Demgegenüber lehrte Jhering³³ auf Grund seiner Lieferungs- und Erfüllungstheorie, daß die Gefahr beim Genuskauf mit der

³⁰ Förster-Eccius, Bd. II, S. 62, Anm. 15 u. 19
RGZ 28, 31
Gruchot 9, 401

³¹ ROHG 6, 102

³² Thöl, §§ 263 – 265

³³ a. a. O., S. 371/372

wirklichen Lieferung übergehe. Da der Versendungskauf vereinbarungsgemäß eine Schuld auf Schicken sei, die an Stelle der Holschuld getreten sei, gehe hier die Gefahr mit der Ablieferung der Ware an die Versendungsperson auf den Käufer über.

Die Lehre Jherings wurde nach anfänglichem Schwanken in Theorie und Praxis herrschend, zumal wenig später das ADHGB die Transportgefahr selbständig und im Anschluß an Jherings Erfüllungstheorie geregelt hat³⁴.

5. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch brachte ebenfalls einen weiteren Fortschritt, denn es hat den Versendungskauf selbständig und ausführlicher als die vorangegangenen Kodifikationen geregelt³⁵.

Art. 344/345 ADHGB regeln nur den Gefahrübergang und lassen den Eigentumsübergang unberührt³⁶. Art. 345 ADHGB

³⁴ Federl, S. 42

³⁵ Art. 344 ADHGB:

„Soll die Ware dem Käufer von einem Orte übersendet werden und hat der Käufer über die Art der Versendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Ware besorgt oder ausgeführt werden soll.“

Art. 345 ADHGB:

„Nach Übergabe der Ware an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Ware bestimmte Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Ware betroffen wird. Hat jedoch der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Übersendung erteilt, und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung davon abgewichen, so ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich. Der Verkäufer hat die Gefahr, von welcher die Ware auf dem Transport betroffen wird, in dem Falle zu tragen, wenn er gemäß dem Vertrage die Ware an dem Orte, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, so daß dieser Ort für ihn als der Ort der Erfüllung gilt. Daraus, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt.“

Durch die Bestimmungen dieses Artikels ist nicht ausgeschlossen, daß die Gefahr schon seit einem früheren Zeitpunkte von dem Käufer getragen wird, sofern dies nach dem Bürgerlichen Rechte der Fall sein würde.“

³⁶ Siehe dazu Makower-Meyer, Art. 344, Anm. 21

trifft dabei eine Unterscheidung zwischen „Versendungskauf“, bei dem die Gefahr mit Auslieferung der Sache an die Transportperson auf den Käufer übergeht (Art. 345 Abs. 1 ADHGB und dem „Distance Kauf“, bei dem der Gefahrübergang erst mit Übergabe der Ware an den Käufer erfolgte (Art. 345 Abs. 2 Satz 1 ADHGB)³⁷.

Bei der Auslegung der Art. 344–345 ADHGB sind Grundsätze entwickelt worden, die noch heute für § 447 BGB gültig sind. Der Auftrag des Käufers an den Verkäufer, für die Absendung zu sorgen, wurde so lange als stillschweigend erteilt angesehen, bis der Käufer ausdrücklich Gegenteiliges mitteilte. Denn die Transportbesorgung galt nicht als besonderes Mandats- und Kaufgeschäft, sondern als ausdrückliche oder stillschweigende Nebenabrede³⁸.

Dem Verkäufer lag nur insoweit eine Sorgfalt bei der Übersendung ob, als er die gehörig verpackte Ware an einen sorgfältig ausgewählten Spediteur oder Frachtführer auszuliefern hatte. Für Versehen dieser Transportperson während der Verladung und Versendung haftete der Absender nicht. Er haftete nur dann für Untergang und Verschlechterung der Ware, wenn er die Transportperson nicht sorgfältig ausgewählt hatte³⁹, oder der Untergang infolge seines Verschuldens eintrat, so bei Absendung der Ware trotz bekannter Verkehrsschwierigkeiten⁴⁰.

Die Artikel 344, 345 ADHGB haben jedoch zum Teil die Problematik der daneben weiter geltenden Einzelkodifikationen – so I, 11, § 128 ALR – noch verschärft; denn aus ihnen ergibt sich, daß die Mittelsperson, bis auf wenige Ausnahmen, Vertreter des Verkäufers ist und ausschließlich zu diesem in vertraglichen Beziehungen steht. Demgegenüber stand I, 11, § 128 ALR, wonach das Eigentum bereits mit der Übergabe an die Transportperson überging. Die damalige Lehre hat es im wesentlichen bei der geschilderten Fiktionstheorie belassen.

³⁷ Rabel, Warenkauf I, S. 141

³⁸ Gareis-Fuchsberger, Art. 344, Anm. 74

³⁹ Gareis-Fuchsberger, Art. 344, Anm. 75
ROHG 23, 145

⁴⁰ Gareis-Fuchsberger, Art. 344, Anm. 77
ROHG 13, 355

6. Die Motive zu § 447 BGB

Da nach Ansicht der Verfasser des BGB der allgemeine Verkehr der gleichen Regelung wie der Handelsverkehr bedurfte, haben sie die Regeln des ADHGB über die Transportgefahr in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen⁴¹.

Art. 344 ADHGB war durch die allgemeinen Regeln der §§ 242, 276 BGB ersetzt und daher nicht noch einmal besonders aufgeführt, während § 447 BGB fast wörtlich dem Art. 345 ADHGB entspricht⁴². Die Verfasser des BGB sind übrigens bewußt von der Regelung des I, 11, § 128 ALR mit ihrer Verkoppelung von Eigentums- und Gefahrübergang durch die Auslieferung der Sache an die Transportperson abgewichen⁴³. Wörtlich heißt es in den Motiven II S. 327: „Die Versuche, nachzuweisen, daß durch die Auslieferung der Sache an diese Person (Transportperson) für sich allein immer dem Käufer tradiert werde, beruhen auf künstlichen, im praktischen Leben keineswegs immer begründeten Unterstellungen und haben im Entwurfe keinen Boden.“ Die durch den Text von ALR I, 11, § 128 entstandene Problematik wurde dadurch für das BGB ausgeschlossen. § 447 BGB sollte ausschließlich den Gefahrübergang regeln und die Fragen des Besitz- und Eigentumsüberganges den sachenrechtlichen Vorschriften überlassen.

⁴¹ Mot. II, S. 327

⁴² Mot. II, S. 327

⁴³ Mot. II, S. 326

C. Die Besonderheiten des Versendungskaufes nach BGB

1. Die Versendung

1. Erste Voraussetzung ist, daß die Versendung *vom* Erfüllungsort aus erfolgt. § 447 BGB selbst spricht allerdings nur von einer „Versendung *an* einen anderen Ort als den Erfüllungsort“.

Aus den folgenden Gründen dürfte jedoch die vorstehende Formulierung dem Gedanken des § 447 BGB besser gerecht werden, ohne ihn jedoch zu verändern. Generell ist der Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners, hier Verkäufers, da das BGB von dem Grundsatz ausgeht, daß der Schuldner da zu leisten hat, wo er bei Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Ausnahmen können sich zwar ergeben, so aus der Natur der Leistung, durch ausdrückliche oder stillschweigende Abänderungsvereinbarung der Parteien oder durch besondere gesetzliche Vorschrift (§§ 270 Abs. 1; 697; 1194 BGB); grundsätzlich ergibt sich aber aus § 269 Abs. 1 BGB, daß das BGB bei dem Begriff „Schulden“ vom Grundsatz der Holschuld ausgeht¹.

§ 447 BGB regelt nun zwar den Sonderfall, daß die Schuld auf Verlangen des Käufers zur Schickschuld wird. Erfüllungsort aber bleibt der Wohnsitz des Schuldners, hinzu kommt nur die Besonderheit der Versendung. Infolge dieser Besonderheit muß der Käufer nicht wie im normalen Fall die Gefahr erst mit der Übergabe der Sache an ihn, sondern schon von der Auslieferung an eine Transportperson ab tragen. Er soll aber nur die Gefahr tragen, die aus seinem Verlangen, nämlich Versendung der Ware vom Erfüllungsort, entstehen kann. Da der Verkäufer

¹ Palandt-Danckelmann, § 269, Anm. 3
Blomeyer, S. 37

durch die Versendung von irgendeinem anderen Ort als dem Erfüllungsort die Gefahr des Käufers beliebig erhöhen oder vermehren könnte², fordern Lehre und Rechtsprechung³ zu Recht, daß der Verkäufer ohne Einverständnis des Käufers die Ware nur *vom* Erfüllungsort selbst versenden darf oder bei Versendung *von einem anderen Ort* die Gefahr selbst trägt, es sei denn, diese Versendung führt über den Erfüllungsort, dann geht mit ihrer Ankunft daselbst die Gefahr auf den Käufer über⁴.

Nur wenn der Käufer sein Einverständnis mit einer Versendung von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort ausdrücklich oder stillschweigend (so durch Vereinbarung der Klauseln „Versand ab Lager, ab Werk“) erklärt, trägt er die Gefahr mit Absendung der Ware von diesem Ort. Erfüllungsort ist in der Regel der Wohnsitz des Schuldners; jedoch wird beim Versendungskauf hauptsächlich § 269 Abs. 3 BGB in Betracht kommen, da der Verkäufer die Ware in seiner geschäftlichen Niederlassung zu lagern hat und sie von dort absendet⁵.

Der Erfüllungsort wird von dem „anderen Ort“ geographisch verschieden sein, da der Sprachgebrauch „Versendung“ eine gewisse Entfernung voraussetzt; jedoch dürfte begrifflich-sprachlich auch eine Versendung innerhalb derselben Ortschaft möglich sein⁶, z. B. wenn es sich um sehr große Orte handelt oder um Ortschaften, durch die eine Grenze zweier Länder verläuft.

Bei der Versendung innerhalb derselben Ortschaft wird jedoch wohl ausnahmslos auf Grund ausdrücklicher oder stillschwei-

² Rabel, Warenkauf I, S. 327

³ Enneccerus-Lehmann, § 103, II, 3
Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 4
v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 6
RGZ 106, 213; RGZ 111, 25
OLG Dresden in NJ 1949, 257
OLG Nürnberg in LZ 1919, 1149

⁴ OLG Koblenz in NJW 1947/48, 477,
mit Anmerkung von Krekels, ebenda

⁵ Schlegelberger, Einl. zu § 373, Anm. 4

⁶ Schlegelberger, Einl. zu § 373, Anm. 4
Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 13
v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 4

gender Parteivereinbarungen *prima facie* anzunehmen sein, daß der Erfüllungsort vom Wohnsitz des Verkäufers zum Wohnsitz des Käufers verlegt ist. Man spricht dann vom „Platzkauf“, so, wenn ein Kaufmann innerhalb des gleichen Ortes auf Bestellung Ware des täglichen Bedarfs an den Besteller zu liefern hat⁷.

Damit ist der Verkäufer verpflichtet, die bestellte Sache auf eigene Kosten und Gefahr zum Wohnsitz des Käufers zu bringen, so daß eine Anwendung von § 447 BGB entfällt⁸. Daher wird man in der Regel bei einer Versendung innerhalb derselben Ortschaft nur dann einen echten Versendungskauf annehmen können, wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, daß hier kein Platzkauf getätigt werden sollte.

2. Es ist zu beachten, daß sich die Bestimmung des Erfüllungsortes gemäß § 269 Abs. 1 BGB und damit auch gemäß § 269 Abs. 3 BGB nicht nach dem Ort des Leistungserfolges, d. h. dem Ort, wo das Schuldverhältnis endgültig seine Erfüllung findet, sondern nach dem Ort der Leistungshandlung richtet⁹.

Der Leistungserfolg, nämlich Übergabe und Übereignung der Ware durch den Verkäufer an den Käufer, wird beim gewöhnlichen Versendungskauf erst am Bestimmungsort – meist dem Wohnsitz des Käufers – eintreten. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die Pflichten des Verkäufers, Besitz und Eigentum zu verschaffen, unverändert bestehen und werden nicht durch den vorzeitigen Gefahrübergang des § 447 BGB berührt. Denn dieser vorzeitige Gefahrübergang beruht auf dem Gedanken, daß der Verkäufer für die abgesandte Ware nicht mehr sorgen kann und sie nur im Vertrauen auf die versprochene Gegenleistung aus der Hand gegeben hat. Ihm solll dafür durch einen entsprechenden frühen Übergang der Gefahr ein Ausgleich im Rahmen des gegenseitigen Vertrages gewährt werden¹⁰.

⁷ Dazu Esser, § 201, Anm. 4
Enneccerus-Lehmann, § 103 II

⁸ Palandt-Gramm, § 447, Anm. 1
Schlegelberger, Einl. zu § 373, Anm. 4

⁹ Palandt-Danckelmann, § 269, Anm. 3
Klapper, S. 64

¹⁰ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 89 a

Mit der Übergabe an die Transportperson erfüllt der Verkäufer also nur die Nebenpflicht der Versendung, nicht aber die eigentlichen Verkäuferpflichten gemäß § 433 Abs. 1 BGB¹¹. Zur Leistung des Verkäufers gehört daher sowohl der Vollzug einer Leistungshandlung, nämlich die Übergabe der Ware an die Transportperson und die Herbeiführung des Leistungserfolges, nämlich Eigentumsverschaffung an den Käufer. Da der Leistungserfolg erst am Wohnsitz des Käufers eintreten kann, also am „anderen Ort“, nicht am Erfüllungsort, erfordert § 447 BGB nur den Vollzug der Leistungshandlung. Würde der Leistungserfolg ebenfalls schon am Wohnsitz des Verkäufers eintreten, so ginge die Gefahr mit der Übergabe über, und die Sonderregelung des § 447 BGB wäre überflüssig.

Dieses Auseinanderfallen von Leistungshandlung und Leistungserfolg war in der Währungsreform von größter praktischer Bedeutung. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 des Umstellungsgesetzes war die Umstellung der Kaufpreisforderung davon abhängig, ob der Verkäufer seine Leistung bereits „bewirkt“ hatte. Ein Teil der Lehre¹² berief sich auf eine ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts¹³, wonach zur Bewirkung der Leistung beim Versendungskauf die Übergabe der Sache an die Transportperson genügte. Sie vertrat damit die sogenannte Absendungstheorie, nach der zur Bewirkung der Leistung nur eine auf die Erfüllung abzielende Tätigkeit erforderlich war, ohne daß es auf den rechtlichen Erfolg dieser Tätigkeit ankam. Diese Lehre meint ferner, daß mit der Aushändigung der Ware an die Transportperson die Leistung „wirtschaftlich“ bewirkt sei, da der Verkäufer in diesem Zeitpunkt alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan habe, so daß es nunmehr zur Erfüllung käme, ohne daß ein weiteres Zutun des Verkäufers erforderlich sei.

Der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung stellte sich jedoch auf den Boden der sogenannten Empfangs-

¹¹ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 63 a
BGHZ in Betriebsberater 1960, S. 881
RGZ 140, 160

¹² Becker in Betriebsberater 1948, S. 273

¹³ RGZ in Warn. Rspr. 1911, Nr. 230

oder Erfüllungstheorie¹⁴. Danach ist unter der „Bewirkung“ der Leistung des Verkäufers nicht nur die Leistungshandlung, sondern auch die Herbeiführung des Leistungserfolges zu verstehen. Der Leistungserfolg ist dann eingetreten, wenn der Käufer die Sache in Empfang genommen und Besitz und Eigentum an ihr erlangt hat.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Denn wenn es bei einem normalen Kauf erforderlich ist, daß der Verkäufer zur vollständigen Bewirkung seiner Leistung Besitz und Eigentum verschaffen muß, so ist nicht ersichtlich, warum sich für den besonderen Fall des Versendungskaufes etwas anderes ergeben sollte. Auch hier wird die geschuldete Leistung erst dann vollständig bewirkt, wenn die übersandte Sache dem Käufer an seinem Wohnsitz übergeben wird. Daran ändert auch die Vorschrift des § 447 BGB nichts, die ausschließlich den Gefahrübergang, d. h. die Zahlungspflicht des Käufers im Falle zufälligen Unterganges regelt, nicht aber darüber hinausgehend auch die Frage, wann die Leistung beim Versendungskauf bewirkt ist. Zudem widerstrebt es der natürlichen Betrachtungsweise, die Leistung des Verkäufers schon in einem Zeitpunkt „als bewirkt“ anzusehen, in dem der Verkäufer noch die Sachgewalt über die Ware inne hat und nicht selten auch ausübt¹⁵.

Zu dieser Sachgewalt gehört insbesondere das Zurückhaltungsrecht des § 320 BGB, das Recht aus § 433 HGB, die Ware anzuhalten oder sogar zurückzurufen und das Recht, dem Frachtführer die Anweisung zu erteilen, die Ware an einen anderen als den ursprünglich vereinbarten Empfänger auszuhändigen. Hinzu kommt, daß auch § 17 KO auf den Leistungserfolg, nämlich auf den Eigentumsübergang abstellt¹⁶.

¹⁴ BGHZ in NJW 1951, S. 110
BGHZ in NJW 1951, S. 190
OLG Celle in MDR 1949, 626
OGH 3, 230 u. 234
Larenz I, § 26 I
Duden in DRZ 1948, S. 336
Lüders in MDR 1948, 266

¹⁵ Dazu auch OGHZ 3, 234
v. Caemmerer in SJZ 1948, S. 497 ff

¹⁶ Jäger KO, § 17, Anm. 9
Böhle-Stamschräder KO, § 17, Anm. 3 a

Eine eigenartige Lösung schlägt Bötticher¹⁷ vor, der allerdings ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, daß der Verkäufer seine Leistung erst dann vollständig bewirkt hat, wenn das Eigentum auf den Käufer übergegangen ist. Er ist der Ansicht, daß der Verkäufer beim Versendungskauf seine Leistungshandlung solange nicht beendet habe, als nicht durch Einigung und Übergabe das Eigentum auf den Käufer übergegangen sei. Die Versendung, die aus dem Rahmen der gesetzlichen Verkäuferpflichten herausfalle, schliesse sich keineswegs an die Leistungshandlung des Verkäufers an, sondern schiebe sich vielmehr in diese hinein. Auch werde die Leistungshandlung mit der Besitzverschaffung und Übereignung an den Käufer wieder aufgenommen und zu Ende geführt. Die Leistungshandlung reiche daher über die Auslieferung an die Transportperson hinaus, ja sie führe so dicht an den Leistungserfolg heran, daß die Unterscheidung jede Berechtigung verliere. Irreführt werde man auch durch die Formulierung des § 243 Abs. 2 BGB, wonach die Gattungsschuld konzentriert werde, wenn der Schuldner, gleich Verkäufer, das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan habe. Da die Konzentration regelmäßig im Moment der Aushändigung an die Transportperson erfolge, schließe man daraus, daß die Leistungshandlung damit abgeschlossen sei. In Wahrheit stehe die Konzentration – natürlich nur bei Gattungsschulden – am „Anfang der Ausführung der Leistungshandlung“ und könne nicht auf die ganze Leistungshandlung bezogen werden. Man muß Bötticher jedoch entgegenhalten, daß eine Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg gerade beim Versendungskauf unbedingt erforderlich ist. § 447 BGB spricht von der Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort. Es genügt für die Festlegung des Erfüllungsortes, wie bereits festgestellt, daß der Verkäufer dort nur die Leistungshandlung erbringt, der Leistungserfolg braucht erst „am anderen Ort“ einzutreten. Bei konsequenter Durchführung der Theorie Böttichers würden jedoch zwei Erfüllungsorte geschaffen werden. Das wäre zunächst der Ort der Absendung, wo der Verkäufer einen Teil seiner Erfüllungshandlungen erbringt und zum anderen der Wohnsitz des Käufers, an dem der Verkäufer die restlichen Erfüllungshandlungen vornehmen muß und der Leistungserfolg eintritt. Ja wird nicht

¹⁷ Bötticher in MDR 1949, S. 3 ff

sogar, wenn der Verkäufer die wesentlichen Erfüllungshandlungen erst am Ort der Erfüllung erbringt, wie Bötticher annimmt, der Empfangsort zum alleinigen Erfüllungsort? Das aber widerspricht dem klaren Wortlaut des § 447 BGB, und die gesetzliche Unterscheidung des § 269 BGB, die im § 447 BGB wiederholt ist, würde sinnlos. Die gesamte Leistungshandlung des Verkäufers muß daher am Ort seines Wohnsitzes bzw. seiner geschäftlichen Niederlassung abgeschlossen sein. Es ist zwar richtig, daß die Konzentration von Gattungsschulden beim Versendungskauf spätestens mit der Aushändigung der Ware an die Transportperson eintritt¹⁸. Dies ist aber ein Abschluß und kein Anfang, denn wie viele „Teile der Leistungshandlung“ des Verkäufers aber liegen vor der Aushändigung, so die Verpackung der Ware, eventuell deren Versicherung und insbesondere die Auswahl der Transportperson? Es ist vielmehr richtig, daß die Konzentration eintritt, wenn der Verkäufer alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, was beim Versendungskauf spätestens dann der Fall ist, wenn er die Ware der Transportperson übergibt, wobei in diesem Moment seine Leistungshandlung beendet ist¹⁹.

Auch § 447 BGB kann nur davon ausgehen, daß die Leistungshandlung des Verkäufers mit der Aushändigung der Ware an die Transportperson beendet ist, da es widersinnig wäre, den Gefahrübergang schon dann eintreten zu lassen, wenn erst Teile der Leistungshandlung erbracht sind. Vielmehr soll ja gerade *dafür*, daß der Verkäufer, im Gegensatz zum Käufer, schon seine gesamte Leistungshandlung erbracht hat, für ihn ein Ausgleich und eine gewisse Sicherheit durch den vorzeitigen Gefahrübergang geschaffen werden²⁰.

Wir bejahen daher das Kriterium der Leistungshandlung, deren letzte und bedeutsamste mit der Übergabe an die Transportperson ihr Ende findet. Der Eintritt des Leistungserfolges und damit das Bewirken der geschuldeten Leistung erfolgt dann mit der Übergabe und Eigentumsverschaffung an den Käufer. Hierzu ist noch festzustellen, daß die Vereinbarung der üblichen Handelsklauseln – so Incoterms (ab Werk, ab Lager;

¹⁸ Blomeyer, S. 59
RGZ 57, 141

¹⁹ Esser, S. 471

²⁰ Würdinger in RGRK zum IIGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 89 a

frei Waggon; F. A. S.; FOB, C & F, CIF, frachtfrei; ab Schiff; ab Kai) frei Ort X; franko X; Zahlung Kasse – den Leistungsort nicht verändert²¹.

Eine derartige Vereinbarung verschiebt nicht den Leistungsort vom Wohnsitz des Schuldners zu dem des Gläubigers; allerdings wird beim überseeischen Abladegeschäft (Abladung = Einladung im Schiff) der Abladehafen an Stelle des Wohnsitzes des Schuldners treten²².

Sonst bleibt auch in den Fällen dieser Handesklauseln der Wohnsitz des Schuldners der Leistungsort, so daß ebenfalls eine Versendung an „einen anderen Ort“ vorliegt.

3. Eine weitere Voraussetzung der Versendung ist die Versendung des gekauften Gegenstandes „auf Verlangen des Käufers“. Dieses Verlangen braucht der Käufer nicht ausdrücklich zu erklären. Es ist allgemein üblicher und rechtlich anerkannter Handelsbrauch, ein Verlangen der Versendung solange anzunehmen, bis der Käufer Gegenteiliges mitteilt²³.

Aus dem Verlangen des Käufers ergibt sich, daß der Verkäufer mit der Versendung ein Geschäft im Interesse des Käufers besorgt²⁴.

4. Dies vorausgesetzt, ist die Aufgabe der Ware zur Versendung nur eine Nebenpflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrage²⁵. Sie kann allerdings zur Hauptpflicht werden, wenn der Verkäufer, sei es nach ausdrücklicher Abrede, sei es nach Handels-

²¹ Esser, S. 476

Baumbach-Duden, Anh. I zu § 383 = Incoterms

Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 28

Palandt-Danckelmann, § 269, Anm. 9

Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 86

²² Kuhn in RGRK zum BGB, § 433, Anm. 233–242
v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 3

²³ Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 8
v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 8
Krekels in NJW 1947/48, S. 92

²⁴ Schlegelberger, Einl. zu § 373, Anm. 4
Motive Bd. II, S. 327, zu § 465

²⁵ Federl, S. 51
OLG Neustadt in NJW 1949, S. 67
mit Anmerkung von Krekels, ebenda

brauch verpflichtet ist, die Ware zu übersenden. In diesen Fällen findet die Sondernorm des § 447 BGB keine Anwendung, da der Verkäufer nicht infolge des einseitigen Verlangens des Käufers, sondern auf Grund vertraglicher Verpflichtungen versendet. Er trägt deshalb die Gefahr bis zur Ablieferung an den Käufer²⁶.

5. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Handhabung der Transportgefahr in der Praxis der großen Versandhäuser. Äußerlich liegt zweifellos Versendungskauf vor. Praktisch wiederum wäre es kaum denkbar, den Käufer die Transportgefahr tragen zu lassen und ihn schlechter zu stellen, als wenn er an seinem Wohnort kaufte. Die Versandhäuser belassen es in ihren Lieferungsbedingungen zwar äußerlich dabei, daß Gerichtsstand und Erfüllungsort der Sitz des Versandhauses ist, so daß damit die Gefahr gemäß § 447 BGB mit Versand auf den Käufer übergehen würde. In der Praxis übernehmen sie aber wohl ausnahmslos aus zwingenden Kulanzgründen die Transportgefahr²⁷.

Es liegt hier ein Grenzfall vor, denn man könnte zweifeln, ob die Versendung noch „auf Verlangen des Käufers“ erfolgt und damit Nebenpflicht des Verkäufers mit den Rechtsfolgen des § 447 BGB ist. Wie schon ihr Programm besagt, verkaufen die Versandhäuser nur durch Versendung. Die Versendung wird vom Verkäufer ausschließlich angeboten, ohne daß der Käufer ein Wahlrecht hat und etwa Selbstabholung verlangen könnte. Aus dem Wortlaut „auf Verlangen des Käufers“ scheint sich aber gerade die ratio legis des § 447 BGB dahin zu ergeben, daß der Käufer zum Ausgleich für die von ihm gewählte, ihn gegenüber der Selbstabholung begünstigende und dem Verkäufer eine zusätzliche Last aufbürdende Versendung die Transportgefahr tragen soll.

Obwohl die Grenze zu einer vertraglich übernommenen Hauptverpflichtung des Verkäufers sehr nahe gerückt ist, dürfte aber

²⁶ So auch v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 4
Schlegelberger, BGB, Bd. 3, Einl. zu § 373, Anm. 4

²⁷ Auskunft der Versandhäuser
a) Quelle, Fürth
b) Neckermann, Frankfurt a. M.
c) Heinrich-Heine-KG, Karlsruhe

mindestens nach dem gegenwärtigen Rechtszustand § 447 BGB im Grundsatz auch noch den Verkauf des Versandhauses beherrschen. Von dem Angebot durch Katalog und Anzeige mit anschließendem Versand wird aus zeitbedingten Gründen immer stärker auch in Geschäftszweigen Gebrauch gemacht, bei denen die klassische Gefahrtragung des § 447 BGB kaum anzuzweifeln wäre, z. B. Weinkellereien, Lebensmittel-Großhandlungen usw. Zudem ist in vielen Geschäftszweigen auch bisher die Holschuld nur theoretische Möglichkeit gewesen, während sich der Kauf ausschließlich als Versendungskauf abwickelte. Es kann also nicht darauf ankommen, daß der Käufer ein praktisches Wahlrecht hat, sondern es muß zur Annahme des Versendungskaufes genügen, daß der Käufer zusammen mit dem Kaufabschluß auch die Versendung verlangt, die ihn gegenüber der vielleicht nur theoretisch möglichen Abholung begünstigt. Dieses Verlangen dürfte auch in dem Kaufabschluß mit dem Versandhaus liegen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Lieferbedingungen des Versandhauses, die im Zweifel Vertragsbestandteil werden, Erfüllungsort und Gerichtsstand entsprechend den §§ 269, 447 BGB regeln. Man wird dann kaum annehmen können, daß der mit dem Verkaufsangebot zwangsläufig verknüpfte Versand zu einer vertraglichen Hauptpflicht wird, damit den Erfüllungsort ändert und die eigenen Lieferbedingungen insoweit außer Kraft setzt.

Immerhin spricht manches dafür, daß die Rechtsentwicklung in diese Richtung geht. Eine Reihe von Versandhäusern sind dazu übergegangen, auf Probe zu versenden, d. h. der Käufer soll besichtigen und hat das Recht der Rücksendung (§ 495 BGB). Damit ist für diese Fälle die Transportgefahr bei dem Verkäufer geblieben, da der Kauf und damit die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung erst unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung wirksam werden (§ 495 BGB), zu der es bei Untergang der Kaufsache auf dem Transport nicht mehr kommt.

Aber auch wo nicht auf Probe versandt wird, dürfte die Tatsache, daß die Versandhäuser de facto, d. h. aus zwingenden Kulanzgründen, die Transportgefahr tragen, mit der Zeit zum festen Geschäftsgebrauch und Gewohnheitsrecht werden. Noch ist der Versandhandel in Deutschland kaum älter als 10 Jahre. Wenn aber durch weitere Jahre hindurch von Käufer und Verkäufer die Tragung der Transportgefahr durch das Versand-

haus als Selbstverständlichkeit angesehen und praktiziert wird, wird hier § 447 BGB sogar gegen etwa entgegenstehende, aber nie angewandte Lieferungsbedingungen gewohnheitsrechtlich außer Kraft gesetzt sein.

II. Die Gefahrtragung

1. Nach § 447 geht die „Gefahr“ mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson auf den Käufer über. Im Hinblick auf den Wortlaut des § 446 BGB, der auch im Bereich des § 447 maßgebend ist²⁸, handelt es sich in § 447 BGB ebenfalls um die „Gefahr des zufälligen Unterganges“.

Wird nun bei einem gegenseitigen Vertrag die Sachleistung unmöglich, so richtet sich der Geldanspruch nach den §§ 323 ff BGB. Nach § 323 Abs. 1 BGB wird zwar der Verkäufer von seiner Verpflichtung zur Sachleistung frei, wenn ihm diese unverschuldet unmöglich geworden ist; er verliert aber auch seinen Anspruch auf die Geldleistung. In § 447 Abs. 1 BGB, der eine Sondernorm zu § 323 Abs. 1 BGB darstellt, ist die Fortdauer der Zahlungspflicht des Vertragsgegners jedoch nicht an die „Unmöglichkeit oder das Unvermögen“ zur Leistung, sondern an den „zufälligen Untergang“ geknüpft. Für diese Gefahr verwenden die Lehre und Rechtsprechung²⁹ den Ausdruck „Transportgefahr“. Die Erkenntnis, daß es sich hierbei um die Gefahr der Gegenleistung handelt, enthebt jedoch nicht von der Feststellung des einschlägigen Gefahrenbereiches, mit anderen Worten: der Abgrenzung des „zufälligen Unterganges“ im Sinne des § 447 BGB von der Unmöglichkeit des § 323 BGB. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung³⁰ versteht in strenger

²⁸ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 88

²⁹ Bruggemann in Achilles-Greiff, § 447, Anm. 6
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 88
OLG Kiel in MDR 1947, S. 290
OLG Hamburg in MDR 1948, S. 17
OGHZ 2, 204
RGZ 93, 331; RGZ 99, 58

³⁰ Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 29
OGHZ 2, 204
RGZ 106, 17; RGZ in Warn. Rspr. 1918, Nr. 27

Wortauslegung unter dem Begriff des zufälligen Unterganges nur den physischen Untergang und eine physische Verschlechterung als typische Transportgefahr. Nach dieser Meinung würden alle Fälle ausscheiden, in denen die Sache nicht untergeht, aber eine Herausgabe an den Empfänger unmöglich ist. Eine solche Einschränkung würde dem Rechtsgedanken des § 447 Abs. 1 BGB widersprechen, der den Verkäufer aus der Gefahr der Gegenleistung entlassen will, wenn er den Kaufgegenstand ordnungsmäßig auf den Weg gebracht hat.

Man muß daher mit der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung³¹ den Gefahrübergang nicht nur bei solchen Schäden bejahen, bei denen die Ware körperlich vernichtet oder beschädigt wird, sondern auch in den Schadensfällen, in denen der rechtliche Bestand verändert oder die Ware durch Eingriffe Dritter unlieferbar wird. Auch in diesem erweiterten Sinne muß immer eine „Transportgefahr“ gegeben sein, d. h. der Transport muß in irgendeiner Weise für die Beschädigung, Vernichtung oder Ablieferungshindernisse ursächlich sein.

Fälle einer Transportgefahr liegen daher auch dann vor, wenn die Ware nicht in ihrer Substanz vernichtet wird, sondern durch Versehen der Transportperson, auf die der Verkäufer keinen Einfluß hat, die Ware verwechselt oder an unrichtige oder fremde Personen ausgeliefert wird³².

Zu einem anderen Ergebnis kommt Bettermann³³, der annimmt, daß § 447 BGB nur die zeitliche Abgrenzung des Gefahrüberganges regelt, sachlich aber jedes Risiko umfasse, so daß das Transportrisiko nicht jenes Risiko sei, das *durch* den Transport,

³¹ Palandt-Gramm, § 447, Anm. 6

Esser, S. 478

Enneccerus-Lehmann, § 103 II

Heck, § 84, 2

Blomeyer, S. 150

Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 88

Böhle-Stamschräder in Erman, § 447, Anm. 36

Brüggemann in Achilles-Greifff, § 447, Anm. 6

BGHZ 2, 181

OLG Hamburg in MDR 1948, S. 16

OLG Kiel in MDR 1947, S. 240

³² Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 88
RGZ 93, 332; RGZ 94, 99

³³ Bettermann in ZHR, Bd. 111, S. 105

sondern *während* des Transportes entstehe. Er nimmt also an, daß § 447 BGB die Anwendung des § 323 BGB zugunsten des Käufers während des Transportes in jedem Falle ausschließt. Dann wäre für ein Freiwerden des Käufers gemäß § 323 BGB nach Übergabe der Ware an die Transportperson kein Raum mehr; die Unterscheidung zwischen dem „zufälligen Untergang“ des § 447 BGB und der Unmöglichkeit oder dem Unvermögen des § 323 BGB fiel weg. Es ist dann aber nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber in § 447 BGB auf den Begriff des zufälligen Unterganges abstellt, er hätte dann auch die Begriffe Unmöglichkeit oder Unvermögen verwenden können. Daraus ergibt sich, daß neben den Fällen des zufälligen Unterganges in § 447 BGB auch noch Fälle der Unmöglichkeit oder des Unvermögens eintreten können, in denen trotz der Sonderregelung des § 447 BGB der § 323 BGB Anwendung findet.

§ 447 BGB soll nämlich nicht den Schutz des Käufers völlig beseitigen und ihm alle Risiken ab Beginn der Versendung aufbürden. Auch wenn die Versendung auf sein Verlangen hin erfolgt, kann ihm nur das Risiko auferlegt werden, das die verlangte Versendung in sich birgt, nicht aber jeder die Ware betreffende Umstand, der während des Transportes eintreten kann.

Zu solchen Grenzfällen gehört die Frage, ob die Beschlagnahme rollender Ware zur Transportgefahr gezählt werden muß oder nicht, ein in der Nachkriegszeit sehr aktuell gewordenes Problem.

Die überwiegende Lehre³⁴ zählt die Beschlagnahme nicht zu den Transportgefahren, unterscheidet aber zwischen einer behördlichen Beschlagnahme im Inland und einer feindlichen Beschlagnahme, die durch den Transport ermöglicht wird. Durch die erstere werde ein Mangel im Recht begründet, so daß die allgemeinen Grundsätze über die Unmöglichkeit An-

³⁴ Palandt-Gramm, § 447, Anm. 6
v. Staudinger-Ostler, § 447, Anm. 20
Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 29
Esser, S. 478
Larenz II, § 38 II c
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373, Anm. 89
Ulmer in SJZ 1946, S. 225

wendung fänden, wohingegen durch die feindliche Beschlagnahme ein tatsächlicher Verlust eintrete, der als Transportgefahr angesehen werden müsse und vom Käufer zu tragen sei. Richtig ist die herrschende Lehre zunächst insoweit, als die Beschlagnahme im Inland nicht als Fall des § 447 BGB angesehen wird. Die Ware ist auf Grund der heimischen Rechtsordnung beschlagnahmt, und die Beschlagnahme ist nach Maßgabe dieser Rechtsordnung nachprüfbar. Der Beschlagnahme-Tatbestand ist nicht durch den Transport geschaffen, sondern bestünde vor, auf und nach dem Transport. Der Transport hat mit dem Rechtsmangel, der zur Beschlagnahme führt, nichts zu tun. Die Ware ist nicht Opfer eines Transportrisikos geworden³⁵. Die feindliche Beschlagnahme hingegen wird dadurch ermöglicht, daß die Ware durch den Transport in den Machtbereich der beschlagnahmenden Stelle geführt wurde. Der Transport ist also kausal für die Beschlagnahme. Daher rechnet der überwiegende Teil der Lehre auch Beschlagnahme durch Feindeshand zu dem vom Käufer nach § 447 BGB zu tragenden Transportrisiko³⁶.

Trotzdem wird man bei der Feind-Beschlagnahme dem Käufer nicht immer schematisch die Gefahrtragung aufbürden können. Das Problem ist praktisch geworden bei den Verlusten versandter Ware, die in den letzten Kriegsmonaten durch den Feind weggenommen wurde oder auch durch Waffenwirkung untergegangen ist. D. h. das Problem des Warenverlustes infolge Beschlagnahme durch Feindeshand fällt hier zusammen mit dem allgemeinen Problem des Warenverlustes durch „Versendung zur Unzeit“. Literatur und Rechtsprechung haben diese Fälle nach sorgfältiger Prüfung des Einzelfalles gelöst. Die kriegsbedingte Möglichkeit des Warenverlustes legt beiden Teilen entsprechend erhöhte vertragliche Sorgfaltspflichten auf. Nach unserer Ansicht führt eigenes Verschulden des Ver-

³⁵ Esser, S. 478
Palandt-Gramm, § 447, Anm. 6
Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 29
RGZ 106, 17

³⁶ Esser, S. 478
Palandt-Gramm, § 447, Anm. 6
Kuhn in RGRK zum BGB, § 447, Anm. 29
OGHZ 1, 190; 2, 204
RGZ 114, 407

käufers zum Anspruchsverlust nach §§ 276, 325 BGB und schließt die Anwendung von § 447 BGB aus³⁷. Wenn daher der Verkäufer versendet, obwohl ihm der Verlust der Ware durch Kriegseinwirkung wahrscheinlich erscheinen mußte, kann man dem Käufer nach dem Grundgedanken des § 447 BGB das Transportrisiko nicht aufbürden³⁸.

Wenn umgekehrt der Käufer trotz erkannter Gefahren auf Versendung besteht oder die Versendung zuläßt, hat er die Gefahr zu tragen³⁹.

Es werden also nur wenige Fälle sein, die sich der Entscheidung des speziellen Falles nach Verschuldensgesichtspunkten entziehen, so, wenn beide Teile in entschuldbarem Irrtum keine konkrete Gefahr für die Ware sehen und die Versendung durchführen. Hier wäre das Transportrisiko nach § 447 BGB vom Käufer zu tragen, denn die Versendung geschieht auf sein Verlangen, und der Verkäufer wird in seinem, des Käufers, Interesse tätig. Die allgemeine Gefahrenlage, die in unsicheren Zeiten den Umfang des Transportrisikos bestimmt und unvorhergesehene Gefahren für die Ware mit sich bringen kann, bestimmt auch den Umfang des vom Käufer nach § 447 BGB zu tragenden Transportrisikos. Wenn der Käufer dieses Risiko nicht tragen will, muß er von dem Verlangen der Versendung Abstand nehmen oder diese auf sein Risiko durchführen.

³⁷ Siehe unten Ziffer 2

Esser, S. 478

OLG Braunschweig in SJZ 1946, 224/225

AG Frankfurt in NJW 1947/48, 103

Anderer Ansicht ein Teil der Lehre

Helms in NJW 1949, 45 ff

Sieveking MDR 1947, 142 ff

Stachels in JR 1948, 290 ff,

der zwar die Anwendung von § 447 BGB auch in diesen Fällen grundsätzlich bejaht, aber dem Käufer eine Einrede aus § 242 BGB gegen die Kaufpreisklage gewährt, praktisch also damit zum gleichen Ergebnis kommt.

³⁸ Esser, S. 478

Palandt-Gramm, § 447 Anm. 8

³⁹ Palandt-Gramm, § 447 Anm. 8

AG/LG Wiesbaden in NJW 1947/48, 102

2. Der Untergang muß ein zufälliger sein, d. h. er darf nicht vom Verkäufer zu vertreten sein, da im Falle zu vertretenden Unterganges nicht § 447 BGB, sondern § 325 Abs. 1 BGB gelten würde⁴⁰.

Erleidet die Ware daher z. B. einen Schaden, weil sich ein bis dahin latenter Mangel der gekauften Sache während des Transportes auswirkt, so kann diese Beschädigung nicht der Transportgefahr zugerechnet werden; diesen Mangel muß der Verkäufer als von ihm verschuldet vertreten⁴¹.

- a) Wann liegt beim Versendungskauf ein vom Verkäufer zu zu vertretender Untergang vor? Er hat nach § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Dabei besteht Einigkeit in Lehre und Rechtsprechung⁴², daß sein Verschulden auch in einer mangelnden Sorgfalt bei der Auswahl der Transportpersonen bestehen kann. Wenn der Verkäufer daher den Transport vorsätzlich oder fahrlässig durch eine unzuverlässige Person hat durchführen lassen, ist sein Verschulden, und nicht die Transportgefahr, ursächlich im Sinne des § 447 BGB für den etwaigen Untergang der Ware geworden⁴³. Der Verkäufer haftet für ein eigenes Verschulden auch dann, wenn er der Transportperson ungenaue Anweisungen gibt und dadurch das Gut verloren geht⁴⁴.

Eine besondere Verschuldenshaftung des Verkäufers enthält § 447 Abs. 2, der jedoch nichts am Grundsatz des Gefahrüberganges auf den Käufer ändert. Weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von den besonderen Anweisungen des Käufers ab, so hat er nicht generell das Transportrisiko

⁴⁰ Palandt-Gramm, § 446 Anm. 2
Enneccerus-Lehmann, § 102 II

⁴¹ Krekels in NJW 1947/48, S. 94

⁴² Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 77
v. Staudinger-Ostler, § 447 Anm. 15
Palandt-Gramm, § 447 Anm. 4
Schlegelberger, Einl. zu § 373 Anm. 4c
Enneccerus-Lehmann, § 103 II
RGZ 106, 17

⁴³ Brüggemann in Achilles-Greiff, § 447 Anm. 8
Düringer-Hachenburg HGB, Bd. V 1. Einl. zu § 373 – 382 Anm. 26
Larenz I, § 19 VI, Anm. 3

⁴⁴ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 77

zu tragen, sondern haftet nur für den Beförderungsschaden, der durch die abweichende Beförderung verursacht worden ist und bei Einhaltung der Anweisung nicht entstanden wäre⁴⁵.

- b) Haftet der Verkäufer darüber hinaus auch für ein eigenes Verschulden der Transportperson? Vorab ist festzustellen, daß § 447 BGB überhaupt nur dann Anwendung findet, wenn der Verkäufer die Versendung durch „betriebsfremde“ Personen – so Spediteure, Frachtführer, Post, Eisenbahn usw. – durchführen läßt. Läßt er dagegen die Ware durch eigene Personen – wie in der Regel bei dem schon erwähnten Platzgeschäft – überbringen, so kann man die Gefahr des zufälligen Unterganges nicht schon dann auf den Käufer übergehen lassen, wenn der Verkäufer die Ware seinen eigenen Leuten übergibt. Denn in diesen Fällen besorgt der Verkäufer mit der Versendung nicht ein Geschäft im Interesse des Käufers, sondern ein eigenes, so daß es dem Wortlaut des § 447 BGB widersprechen würde, wenn man die Gefahr des zufälligen Unterganges auf den Käufer mit Absendung durch diese eigenen Leute des Verkäufers übergehen ließe. Zudem liegt schon nach dem Sprachgebrauch des § 447 BGB keine Auslieferung vor, die Ware bleibt vielmehr bis zur Auslieferung an den Käufer im „eigenen Hause“ des Verkäufers. Daher geht die Gefahr hier erst gemäß § 446 BGB mit der Übergabe an den Käufer über⁴⁶. Für das Verschulden dieser eigenen Leute hat der Verkäufer nach § 278 BGB einzustehen.

Es bedarf nunmehr der Prüfung, ob der Verkäufer für das Verschulden von betriebsfremden Transportpersonen ebenfalls nach § 278 BGB einzustehen hat. Das würde voraussetzen, daß die Transportperson als Erfüllungsgehilfin des Verkäufers tätig geworden ist, d. h. der Verkäufer sich ihrer zur Erfüllung einer Vertragspflicht bedient. Dieser Fall kann jedoch nur eintreten, wenn der Transport selbst zu den Vertragspflichten des Verkäufers gehört. Die Vertragspflicht beim Versendungskauf besteht jedoch auf Seiten des Verkäufers nur in dem ordnungsmäßigen Abschluß des Fracht-

⁴⁵ Palandt-Gramm, § 447 Anm. 7

⁴⁶ Besonders Schlegelberger, Einl. zu § 373 Anm. 4c
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 77

vertrages und in der Übergabe der Verkaufssache an die Transportperson⁴⁷. Die Durchführung des Transportes selbst gehört aber nicht mehr zu seinen Schuldnerpflichten. Andernfalls wäre die Vorschrift des § 447 Abs. 1 BGB in praktisch allen Fällen sinnlos.

Die Transportperson ist also mangels einer Vertragspflicht des Verkäufers nicht dessen Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB⁴⁸. Nicht zu folgen ist daher der Meinung Essers⁴⁹, der es für bedenklich hält, die Verschuldenshaftung des Verkäufers auf die Auswahl und Anweisung der Transportperson zu beschränken. Im Falle einer schuldhaften Fehlbewandlung auf dem Transport hafte nämlich die Transportperson dann weder dem Käufer, weil sie zu diesem in keinem Vertragsverhältnis stehe, noch dem Verkäufer, weil dieser infolge von § 447 BGB keinen Schaden und damit keinen abtretbaren Anspruch habe. Dem Käufer bliebe dann nur noch die „ausweglose“ Lage der Drittschadensliquidation. Daher müsse der Transporteur als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers angesehen werden, wobei keineswegs die auf unverschuldete Schäden abgestellte Regelung des § 447 BGB durchkreuzt werde.

Es ist nicht ersichtlich, womit Esser die Einschränkung des Bereichs des § 447 BGB auf unverschuldete, d. h. vom Transporteur unverschuldete Fälle begründen will. Eine derartige

⁴⁷ Blomeyer, S. 59

Larenz I, § 19 VI, Anm. 3

Enneccerus-Lehmann, § 44 II 1

Gierke, § 71 II

Baumbach-Duden, § 425 Anm. 2 b

Ratz in RGRK zum HGB, § 425 Anm. 11

Palandt-Gramm, § 447 Anm. 5

Rundnagel, S. 118

KG in OLGR 40, 295

⁴⁸ Mosse-Heymann, Erg. zu § 373 – 382 HGB, § 447 BGB Anm. 1

Enneccerus-Lehmann, § 103 VI 1

v. Staudinger-Ostler, § 447 Anm. 14/15

Palandt-Gramm, § 447 Anm. 4

Kuhn in RGRK zum BGB § 447 Anm. 15

Brüggemann in Achilles-Greifff, § 447 Anm. 8

Bötticher in MDR 1949 S. 4

RGZ 58, 59; RGZ 99, 58; RGZ 101, 153; RGZ 115, 154

⁴⁹ S. 478

Einschränkung kann dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnommen werden. Der Wortlaut spricht vom zufälligen Untergang, d. h. der Untergang darf von den Parteien des gegenseitigen Vertrages nicht verschuldet sein. Ein Verschulden von Hilfspersonen, die nicht Erfüllungsgehilfen einer Vertragspartei sind, wird dadurch nicht ausgeschlossen. Aber auch dem Sinn des § 447 BGB würde diese Einschränkung zuwiderlaufen. Denn grundsätzlich hat der Schuldner gemäß § 269 BGB an seinem Wohnsitz zu erfüllen, der Gläubiger muß sich also die geschuldete Sache holen. Läßt er sich nun diese Sache auf sein Verlangen hin übersenden – und nimmt damit eine ihn begünstigende Sonderleistung in Anspruch – so muß er auch die Haftung für die Risiken übernehmen, die infolge der von ihm verlangten Versendung eintreten können. Gerade aber § 278 BGB ist eine Risikohaftung für Fehlhandlungen hinzugezogener dritter Personen⁵⁰.

Schließlich ist nicht einzusehen, warum die Drittschadensliquidation für den Käufer ausweglos sein soll. Es ist zwar richtig, daß der Käufer grundsätzlich keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen die Transportperson hat. Dies wäre nur in den seltenen Fällen möglich, in denen er die Versendung durch einen von ihm selbst beauftragten Transporteur vornehmen läßt. Wenn er aber die Auswahl der Transportperson und die Durchführung der Versendung dem Verkäufer überläßt, so kann er von diesem im Falle des Verlustes der Ware verlangen, daß dieser ihm seine Ansprüche gegen die Transportperson oder einen sonstigen Dritten, der eventuell das Eigentum an der Ware verletzt hat, abtritt oder die Ansprüche selbst zu seinen, d. h. des Käufers Gunsten geltend macht⁵¹. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Verkäufer infolge der Sonderregelung des § 447 BGB keinen Schaden hat.

Es ist fast einhellige Meinung, daß sich die Transportperson nicht auf § 447 BGB dahingehend berufen darf, daß der

⁵⁰ Böttcher in MDR 1949, S. 4

Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 77

⁵¹ Kuhn in RGRK zum BGB § 447 Anm. 16

Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 89 a
RGZ 109, 292

Verkäufer zwar einen Anspruch, aber keinen Schaden habe, während der Käufer wiederum zwar einen Schaden, aber keinen Anspruch habe. Das würde bedeuten, daß der schuldlose Käufer zahlen müßte, wohingegen die schuldige Transportperson durch die Zahlung entlastet wäre. Daher haben Lehre und Rechtsprechung⁵² mit Recht zugelassen, daß der Verkäufer den Schaden im Interesse des Käufers liquidieren kann.

Es bestehen also keine Bedenken gegen den hier geradezu klassischen Anwendungsfall der Drittschadensliquidation, und es ist nicht erforderlich, eine Haftung des Verkäufers aus § 278 BGB zu bejahen, die dem Grundgedanken des § 447 BGB widerspricht.

3. Auch der Zeitpunkt des Gefahrüberganges vom Verkäufer auf den Käufer ist gelegentlich problematisch. Nach dem Wortlaut des § 447 BGB geht die Gefahr über, sobald der Verkäufer die Ware der Transportperson ausgeliefert hat. Diese Auslieferung ist ein tatsächlicher Vorgang, der alles umfassen muß, was notwendig ist, damit der Transporteur die Ware vertragsgemäß an den Käufer abliefern kann⁵³. Darunter versteht man das Bereitstellen der Ware durch den Verkäufer, ihre Abholung und Verladung durch die Transportperson, gegebenenfalls eine ausreichende Sicherung auf dem Kraftfahrzeug und die Übergabe der erforderlichen Papiere seitens des Verkäufers an den Transporteur.

Daher geht die Gefahr genau im Zeitpunkt der Beendigung der letzten dieser zur Auslieferung erforderlichen Einzelhandlungen auf den Käufer über.

Damit sind die Voraussetzungen des Versendungskaufes umrissen.

⁵² v. Staudinger-Ostler, § 447 Anm. 31

Oertmann, § 447 Anm. 11

Ratz in RGRK zum HGB § 429 Anm. 2

Nipperdey in ZADR 1938, S. 262

Reinicke in NJW 1953, S. 1243

Kuhn in RGRK zum BGB § 447 Anm. 16

RGZ 62, 335; RGZ 75, 172; RGZ 93, 40; RGZ 97, 88; RGZ 107, 135; RGZ 109, 21; RGZ 109, 293; RGZ in DJZ 1921, 763

⁵³ Dazu v. Staudinger-Ostler, § 447 Anm. 12

Schlegelberger, Einl. zu § 373 Anm. 4c

III. Der Eigentumsübergang beim Versendungskauf

A) Allgemeines

Die vertragliche Hauptpflicht des Verkäufers ist auch beim Versendungskauf erfüllt, wenn er nach § 433 Abs. 1 BGB dem Käufer das Eigentum verschafft. Das Eigentum an beweglichen Sachen geht nach § 929 BGB durch Einigung und Besitzübergabe über. Da der Besitzübergang beim Versendungskauf dem Zeitpunkt der Einigung vorangehen kann und sich an die Besitzlage auch sonstige Rechtsfolgen knüpfen (Besitzschutzansprüche), werden als erstes die Besitzverhältnisse und anschließend die Voraussetzungen der Einigung erörtert.

B) Der Besitzübergang

1. Bereits die Auslieferung der Ware an die Transportperson kann besitzrechtlich verschiedene Folgen haben:

Zunächst wäre es denkbar, daß die Transportperson Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB ist. Wenn sie Besitzdiener des Verkäufers ist, erlangt der Käufer jeden Besitz erst, wenn ihm die Ware von dem Besitzdiener übergeben wird; der Verkäufer bleibt bis dahin alleiniger Besitzer. Ist die Transportperson dagegen Besitzdiener des Käufers, so wird dieser sofort mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson unmittelbarer Besitzer.

Weiter wäre es denkbar, daß die Transportperson Besitzmittler des Verkäufers oder des Käufers wäre. Wäre sie Besitzmittler des Verkäufers, so würde sie selbst mit der Auslieferung unmittelbarer, der Verkäufer dagegen mittelbarer Besitzer. Der Käufer erlangt den unmittelbaren Besitz erst mit der Übergabe durch die Transportperson, auch wenn ihm der Verkäufer seinen mittelbaren Besitz noch während der Versendung überträgt.

Ist dagegen die Transportperson Besitzmittler des Käufers, so wird sie mit der Auslieferung durch den Verkäufer unmittelbarer Besitzer, der Käufer wird sofort mittelbarer Besitzer und bei vorliegender Einigung damit Eigentümer gemäß § 929 BGB.

Eine Unterscheidung von Besitzmittler und Besitzdiener ist auch deshalb besonders wesentlich, weil die Besitzschutz-

ansprüche verschieden geregelt sind. Der Besitzdiener genießt keinen Besitzschutz, denn er übt die tatsächliche Gewalt in fremdem Namen und aus fremdem Rechte aus. Lediglich § 860 BGB gewährt ihm ein beschränktes Recht. Sein Besitzer erwirbt sofort unmittelbaren Besitz, sobald der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt erlangt. Der Besitzmittler dagegen ist Besitzer mit vollem Besitzschutz. Er übt die tatsächliche Gewalt in eigenem Namen und aus eigenem Rechte aus, letzteres ist aus dem Verhältnis zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer abgeleitet⁵⁴.

2. Es ist also aus der Unterscheidung zwischen Besitzmittler und Besitzdiener heraus festzustellen, welche Wesensmerkmale auf die Transportperson zutreffen.

Besitzdiener und Besitzmittler unterscheiden sich in ihrer Abhängigkeit von den Anordnungen des Besitzherrn, wobei das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners zu seinem Besitzherrn wesentlich ausgeprägter ist. Regelmäßig wird der Besitzdiener zu seinem Besitzherrn in einem untergeordneten sozialen, oft häuslichen Abhängigkeitsverhältnis stehen, das eine allgemeine Weisungsbefugnis des Besitzherrn und dessen faktische Möglichkeit, bei Durchsetzung seines Willens sofort einzugreifen, einschließt. Der Besitzmittler dagegen hat den Weisungen des mittelbaren Besitzers nur im Rahmen eines vorher genau festgelegten Rechtsverhältnisses nachzukommen. Es ist für das Vorliegen eines mittelbaren Besitzverhältnisses nicht erforderlich, daß der mittelbare Besitzer zur Durchsetzung seines Willens faktisch sofort eingreifen kann.

Demgemäß unterscheidet das OLG Bamberg in NJW 1949, S. 717, daß neben der Dauer des Abhängigkeitsverhältnisses auch der Umstand von Einfluß sei, ob die Ausführung der Anordnungen in weiterer Entfernung geschehen solle oder nicht; kürzere Dauer und geringere Entfernung ließen daher eher auf Besitzdienerschaft schließen⁵⁵.

3. Welche Merkmale treffen nun auf die Person des Transporteurs zu?

⁵⁴ v. Staudinger-Seufert, § 868 Anm. 28
Dieckhoff, S. 10 – 13

⁵⁵ Dazu auch v. Staudinger-Seufert, § 868 Anm. 28

Wir gehen dabei zunächst vom gewöhnlichen Versendungs-
geschäft aus, das dem normalen Landfrachtgeschäft gleich-
zusetzen ist. Die Versendungsperson wird daher in der Regel
ein Frachtführer sein, der auf Grund eines Frachtvertrages tätig
wird. Dieser Transporteur ist selbständiger Unternehmer und
hat den Transport nach eigenem Ermessen und Gutdünken
durchzuführen. Dabei erhält er die Ware für längere Zeit und
größere Entfernung zur selbständigen Disposition und ist selbst
bei Nichtbefolgung der Anordnungen des Absenders (§ 433 HGB)
oder des Empfängers (§ 434 HGB) nicht sofortigen Eingriffen
ausgesetzt⁵⁶.

Das Frachtrecht des HGB spricht in § 440 Abs. 2 HGB vom
Besitz des Frachtführers. Darunter wäre vom Wortlaut her nur
der unmittelbare Besitz zu verstehen, so daß Besitzdienerschaft
denknotwendig ausgeschlossen ist. Auch die tatsächlichen Ver-
hältnisse lassen nur diese Auslegung zu. Die Transportperson
hat das Gut während der Versendung in Verwahrung und übt
die alleinige tatsächliche Gewalt aus. Sie hat nach eigenem
Ermessen alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um
einen Verlust oder eine Beschädigung zu vermeiden. Der
Frachtführer hat zudem ein Pfandrecht an der Ware, § 440
Abs. 1 HGB, das aber wiederum gemäß § 1205 BGB ihren Be-
sitz erfordert⁵⁷. Die Transportperson ist zwar den Weisungen
des Vertragspartners = Absenders unterworfen, jedoch steht
die Versendungsperson auf Grund des Frachtvertrages in kei-
nem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Auftraggeber.
Daher ist die Versendungsperson kein Besitzdiener gemäß
§ 855 BGB, sondern Besitzmittler⁵⁸.

4. a) Das ähnliche Verhältnis im Sinne von § 868 BGB ist der
Frachtvertrag⁵⁹. Da der Frachtvertrag in fast allen Fällen

⁵⁶ Siehe besonders BGHZ 32, 205

⁵⁷ Gierke, § 71 VI

⁵⁸ Haase, S. 14
v. Staudinger-Seufert, § 868 Anm. 28
Palandt-Hoche, § 855 Anm. 4
Gaertner, S. 7–9

⁵⁹ Palandt-Hoche, § 868 Anm. 2 c bb
BGH 32, 204
Wolff-Raiser, § 8 I 1 c

zwischen dem Verkäufer und der Transportperson abgeschlossen wird, wird der Frachtführer mit der Auslieferung unmittelbarer Besitzer und zugleich Besitzmittler für den Verkäufer als mittelbaren Besitzer⁶⁰. Der Frachtvertrag ist also typisch für das Wesen des echten Versandungskaufes. Läßt der Verkäufer jedoch die Ware durch seine eigenen Leute überbringen, liegt keine echte Versendung vor und § 447 BGB ist nicht anzuwenden⁶¹.

Ebensowenig liegt ein Versandungskauf des § 447 BGB vor, wenn umgekehrt der Käufer die Ware durch seine eigenen Leute (Besitzdiener) abholen läßt. Die Gefahr geht in diesem Fall nach § 446 BGB über.

- b) Entsprechendes muß auch dann gelten, wenn die Transportperson Besitzmittler des Käufers wäre, falls in Gestalt eines Frachtvertrages ein dem § 868 BGB entsprechendes Verhältnis zwischen ihm und dem Frachtführer vorher vereinbart worden ist. Der Besitzmittler erlangt dann mit der Auslieferung durch den Verkäufer den unmittelbaren Besitz und verschafft gleichzeitig dem Käufer mittelbaren Besitz. Auch in diesem Fall fehlt es an einer vom Käufer verlangten Versendung durch den Verkäufer, da der Käufer die Ware sozusagen selbst versendet. Zudem wird bei einer solchen von der Norm abweichenden Parteivereinbarung der Besitzmittler des Käufers auch dessen Vertreter bei der Einigung sein, d. h. für den Käufer dem Verkäufer bei der Übergabe die Annahme des Einigungsangebotes erklären.

Dann bedarf es aber nicht mehr der Sonderregelung des § 447 BGB, da der Käufer so zu stellen ist, als habe er die Ware selbst persönlich vom Verkäufer erworben, wobei die Gefahr nach § 446 BGB übergegangen ist.

- c) Hierbei ist noch eine wesentliche Feststellung zu treffen. Ein Teil der Literatur unterscheidet bei den Transportpersonen zwischen Boten und Besitzmittlern, wobei im Falle einer Besitzmittlerschaft von einer *Vertretung* der Transportperson für den Käufer oder Verkäufer gesprochen wird.

⁶⁰ Wolff in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 29
RGSt 56, 116
Ebeling, S. 26

⁶¹ Siehe oben, S. 29

Natürlich liegt die Verwechslung⁶² zwischen Boten- und Vertretereigenschaft als Formen rechtsgeschäftlichen Handelns-Könnens einerseits und Besitzdiener- und Besitzmittlereigenschaft als Formen tatsächlicher Sachherrschaft andererseits nahe. Denn holt ein Besitzmittler des Käufers für diesen die Ware ab – unbeschadet unserer Ansicht von dem Nichtvorliegen eines Versendungsgeschäftes in diesem Fall –, so wird er stets zugleich Vertreter des Käufers bei der Einigung sein. Ebenso wird auch meist der Frachtführer als Besitzmittler des Verkäufers dessen Vertreter bei der Einigung mit dem Käufer sein⁶³.

Für die Frage der Besitzverhältnisse ist aber festzustellen, daß sowohl der Bote als auch der Vertreter im System des bürgerlichen Rechts ihren genauen Platz haben. Sie sind Figuren im Bereich des Rechtsgeschäfts – so der Einigung –, nicht aber im Bereich des Besitzerwerbes oder Verlustes. Im Bereich des Besitzüberganges kann nur zwischen Besitzmittler und Besitzdiener unterschieden werden; die Begriffe Bote und Vertreter können dabei keine Anwendung finden⁶⁴.

5. Im Normalfall des echten Versendungskaufs erlangt also die Transportperson bei Übernahme der Ware vom Verkäufer den unmittelbaren Besitz; der Verkäufer bleibt mittelbarer Besitzer.

⁶² Unter dieser Verwechslung leidet der größte Teil der Dissertation Frommers, s. S. 13–17 u. 18–21.

Aber auch Haase, S. 3, und v. Staudinger-Berg, § 922 Anm. 19, sprechen davon, daß es im Fall der Übersendung für die Besitzübergabe maßgebend ist, ob die Transportperson als Vertreter des Verkäufers oder Käufers zu gelten hat. Wir verweisen hierzu insbesondere auf die klare Abgrenzung in Wolff-Raiser, § 15 II Anm. 9, der dahin entscheidet: „Manche sprechen von einem Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter auch da, wo jemand im Namen eines anderen Eigentum erwirbt und dabei zugleich sich den unmittelbaren Besitz übertragen läßt und den Vertretenen zum mittelbaren Besitzer macht; z. B. der vom Käufer Beauftragte und Bevollmächtigte nimmt die Ware vom Käufer entgegen. Allein hier ist der Handelnde zwar Vertreter bei Eigentumserwerb, nicht aber beim Besitzerwerb.“

⁶³ Dazu Sarfert, S. 22

⁶⁴ So auch Dieckhoff, S. 8–9 und 14
Wolff-Raiser, § 66 I a
Palandt-Hoche, § 929 Anm. 5 a
Siegel, S. 10
v. Staudinger-Coing, § 166 Anm. 2

6. Während der Versendung bleibt der Verkäufer bis zur Ankunft der Ware am Ablieferungsort alleiniger mittelbarer Besitzer, die Transportperson unmittelbarer Besitzer. Auch § 434 Abs. 1 Satz 1 HGB verleiht dem Käufer keine Sachgewalt, die man als mittelbaren Besitz bezeichnen könnte. Denn § 434 Abs. 1 Satz 1 HGB ist nur ein obligatorisches Recht des Käufers aus dem Frachtvertrag; zudem gehen die Verfügungen und Anweisungen des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 und § 435 Satz 3 HGB jederzeit vor. Es verbleibt also die gesamte mittelbare Sachgewalt beim Verkäufer, so daß der Käufer auch nicht mittelbarer Mitbesitzer werden könnte⁶⁵.

7. a) Bei der Ankunft des Gutes am Ablieferungsort überträgt der Frachtführer den Besitz durch Ablieferung an den Käufer, wobei der Verkäufer seinen mittelbaren Besitz verliert und der Käufer – bei vorliegender Einigung – Eigentümer wird⁶⁶. Es brauchen jedoch nicht zwingend Ankunft der Ware und Ablieferung mit Besitzübertragung unmittelbar zu folgen. Es kann Fälle geben, in denen der Frachtführer die Ware nicht sofort nach Ankunft abgeliefert, sondern aus Gründen, die bei ihm, dem Verkäufer (Weisung) oder dem Käufer (z. B. Konkursgefahr) liegen, die Ware zurückbehält.

Da mit Ankunft des Gutes sowohl nach § 433 Abs. 2 HGB als auch nach § 435 HGB Änderungen in den Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander und zur Transportperson eintreten, ist es von Bedeutung, ob die genannten Vorschriften auch eine Änderung der Besitzlage zur Folge haben.

b) Zunächst sind die besitzrechtlichen Folgen des § 435 HGB festzustellen, denn seine Voraussetzungen ergeben sich zeitlich früher als die des § 433 Abs. 2 HGB; zudem kann die Klage nach § 433 Abs. 2 HGB nur dann erhoben werden, wenn die Transportperson den Herausgabeanspruch des Käufers nach § 435 HGB verletzt hat. § 435 Satz 1 HGB gibt dem Käufer die Möglichkeit, die Rechte aus dem Frachtvertrag im eigenen Namen geltend zu machen.

⁶⁵ Siehe dazu Müller-Erzbach, Kap. 149, Anm. II
Gaertner, S. 14–17

⁶⁶ Dazu auch Haase, S. 27

§ 435 Satz 2 HGB gibt ihm die Berechtigung, von der Transportperson die Übergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Gutes zu verlangen.

Man hat nun angenommen, daß besonders auf Grund von § 435 Satz 2 HGB der Käufer den mittelbaren Besitz erlangt⁶⁷.

- aa) Die eine Meinung kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der Behauptung, daß ein Herausgabeanspruch des Käufers bereits schon bei Ankunft des Gutes bestehe und durch § 435 Satz 2 HGB nur verstärkt werde⁶⁸. Da eine diesem Herausgabeanspruch entgegenstehende Anweisung des Verkäufers in den Fällen, in denen die Ware bereits am Ablieferungsort angekommen sei, höchst selten sei, müsse man den Frachtführer auch als Besitzmittler des Käufers ansehen. Neben dem Käufer stehe aber der Verkäufer als mittelbarer Besitzer, weil sein Recht, vom Frachtführer Leistungen an den Käufer zu verlangen, keineswegs erloschen sei. Es läge dann mittelbarer Mitbesitz zu ideellen Quoten vor⁶⁹.

Diese Meinung scheitert daran, daß keine gesetzliche Vorschrift dem Käufer einen Herausgabeanspruch vor und damit auch bei Ankunft des Gutes gibt, der „verstärkt“ werden könnte. Von § 434 Satz 2 HGB abgesehen, der eine Sonderregelung darstellt und die ausdrückliche Zustimmung des Verkäufers erfordert, ist keine solche Bestimmung ersichtlich. Vielmehr entsteht das Recht des Käufers nach dem eindeutigen Text des § 435 HGB, dessen Auslegung zudem noch durch § 434 Satz 2 HGB festgelegt ist, erst *nach* der Ankunft des Gutes. Und keineswegs erlöschen dadurch die Rechte des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 HGB; sie bleiben gemäß § 435 Satz 3 HGB bestehen und gehen dem Rechte des Käufers vor. Der Verkäufer könnte also durch eine

⁶⁷ Ebeling, S. 45/46
Frommer, S. 53
Gaertner, S. 21 – 24

⁶⁸ Ebeling, S. 45/46

⁶⁹ So Ebeling, S. 49/50

einzigste Anweisung das Recht des Käufers und damit seinen „mittelbaren Mitbesitz“ wieder untergehen lassen. Hier zeigt sich die Hilflosigkeit dieser komplizierten und praktisch wertlosen Konstruktion. Zudem müßte weiter gefragt werden, worin selbst nach Ankunft des Gutes das „ähnliche Verhältnis“ des § 868 BGB zwischen dem Käufer und der Transportperson bestehen soll. Da eine Vereinbarung zwischen Empfänger und Transportperson nicht getroffen ist, müßte man einen nach § 435 Satz 1 und 2 HGB erfolgenden gesetzlichen Eintritt des Käufers als Mitpartei in den Frachtvertrag annehmen, wobei aber diese Mitpartei-Stellung jederzeit durch Verfügung des anderen Gläubigers wieder beendet werden könnte.

Es ist aber vielmehr so, daß der Frachtvertrag *ausschließlich* auf den Verkäufer und die Transportperson beschränkt bleibt. § 435 Satz 1 und 2 HGB gibt zwar dem Käufer die Möglichkeit, die Rechte aus dem Frachtvertrag im eigenen Namen geltend zu machen, denn der Frachtvertrag ist, wie die Lehre⁷⁰ zu Recht annimmt, ein Vertrag zugunsten eines Dritten, des Käufers. Dieser wird dadurch wohl Gläubiger der Transportperson, nicht aber Vertragspartei, denn er tritt nicht in den Vertrag zwischen Verkäufer und Frachtführer ein. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter wird kein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Schuldner, hier dem Transporteur, begründet⁷¹.

Gerade aber auf dem Vertrag zwischen Verkäufer und Transportperson beruht das „ähnliche Verhältnis“ des § 868 BGB.

§ 435 Satz 1 und 2 HGB stellt ausschließlich ein Sicherungsrecht des Käufers dar, das die besitzrechtlichen Beziehungen nicht beeinflußt, denn der Käufer soll nur in die Lage versetzt werden, für das Gut nach dessen

⁷⁰ Mosse-Heymann, § 435 Anm. 5
Haase, S. 24
Dieckhoff, S. 7

⁷¹ Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 328 Anm. 2 c
RGZ in JW 38, 2967

Eintreffen unmittelbar in seinem Machtbereich Sorge zu tragen und die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die auf ihn nach § 447 BGB übergegangene Gefahr zu verringern oder zu beseitigen.

§ 435 Satz 1 und 2 HGB ist also eine obligatorische Regelung ohne dingliche Folgen⁷².

- bb) Eine der vorigen ähnliche Konstruktion⁷³ behauptet zwar nicht, daß der Käufer vor Ankunft des Gutes einen Herausgabeanspruch bereits habe, daß er jedoch durch die ihm mit der Ankunft zuwachsenden Rechte aus § 435 Satz 1 und 2 HGB Mitbesitz mit dem Verkäufer erlange. Da § 435 HGB den Verkäufer und Käufer obligatorisch gleichstelle, müsse daraus auch eine Gleichstellung in besitzrechtlicher Hinsicht gefolgert werden. Denn dem Käufer werde auf Grund des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Frachtvertrages mit Eintritt der Voraussetzungen des § 435 Satz 1 und 2 HGB ein Herausgabeanspruch hinsichtlich des Gutes neben dem Verkäufer verschafft, so daß er dadurch mittelbarer Mitbesitzer werde. Der Erwerb des mittelbaren Mitbesitzes erfolge nach § 870 BGB, der keinen Abtretungsvertrag im Sinne der §§ 398 ff BGB erfordere, da es genüge, wenn dem Dritten (Käufer) ein Herausgabeanspruch, so durch § 435 Satz 1 und 2 HGB, verschafft werde⁷⁴. Auch diese Konstruktion hält einer Überprüfung nicht stand. Wie bereits festgestellt, stellt § 435 HGB schon die obligatorischen Rechte des Verkäufers und Käufers einander keineswegs gleich, vielmehr läßt § 435 Satz 3 HGB dem Verkäufer ein wesentlich stärkeres Recht. Es ist zudem ein dem System des BGB widersprechender Fehlschluß, aus dem Übergang obligatorischer Rechte den

⁷² Müller-Erzbach, Kap. 149, Anm. II
Sarfert, S. 37
Wolff in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 29
Dieckhoff, S. 33

⁷³ Frommer, S. 53
Gaertner, S. 21–24

⁷⁴ Frommer, S. 53
Gaertner, S. 21–24

gleichzeitigen Übergang dinglicher Rechte zu folgern. Die dinglichen Rechte bleiben bis zur Übergabe beim Verkäufer, denn sie sind nach unserem Recht unabhängig von den obligatorischen Rechtsfolgen⁷⁵.

Darüber hinaus wird dem Käufer nach § 435 Satz 1 und 2 HGB nicht einmal ein Herausgabeanspruch „verschafft“, wobei dahingestellt bleiben soll, daß das „Verschaffen eines Rechtes“ kein rechtlich wesentliches Kriterium zum Besitzerwerb darstellen kann. Das Recht des Käufers aus § 435 Satz 1 und 2 HGB entsteht vielmehr ohne Zutun von Verkäufer und Transportperson und ohne Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses des § 868 BGB durch die Ankunft des Gutes am Ablieferungsort⁷⁶. § 435 Satz 1 und 2 HGB bewirkt daher einen originären und keinen derivativen Rechtserwerb.

Schon aus diesem Grunde erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob der von den Vertretern dieser Konstruktionen zugrunde gelegte mittelbare Mitbesitz praktisch überhaupt vorkommt, was z. B. Martin Wolff verneint⁷⁷.

- cc) Die Rechte aus § 435 Satz 1 und 2 HGB legen im Rahmen des Frachtvertrages und damit auch des Versendungskaufes lediglich den Zeitpunkt fest, von dem ab ein obligatorischer Anspruch des Käufers auf Herausgabe der Ware besteht. Eine dingliche Rechtsänderung wird durch sie nicht begründet.
- c) Erfolgt aber eine Änderung der Besitzlage auf Grund von § 433 Abs. 2 HGB? § 433 Abs. 2 Satz 1 HGB bestimmt, daß das Verfügungsrecht des Verkäufers nach § 433 Abs. 1 HGB erlischt, wenn nach Ankunft der Waren am Ablieferungsort dem Käufer der Frachtbrief übergeben oder von ihm Klage gemäß § 435 Satz 1 und 2 HGB erhoben wird. Zweifellos erhält hier der Käufer ein weit stärkeres obligatorisches Recht als in § 435 Satz 1 und 2 HGB. Das Verfügungsrecht des Verkäufers auf Grund des Frachtvertrages erlischt, der Frachtvertrag wird nunmehr zwischen dem Käufer und der

⁷⁵ BGHZ in NJW 1959, S. 1537

⁷⁶ Wolff in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 29

⁷⁷ Wolff in Jherings Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 44, S. 165, Anm. 61

Transportperson abgewickelt. Letztere hat gemäß § 435 Abs. 2 HGB nur noch die Anweisungen des Käufers zu befolgen. Tut sie dies nicht, so ist sie dem Käufer zum Schadensersatz verpflichtet.

Ergibt sich nicht hier ein Einfluß des § 433 Abs. 2 HGB auch auf die dingliche Rechtslage?

aa) Die Lehre ist überwiegend der Ansicht⁷⁸, daß mit dem Erlöschen des Verfügungsrechtes des Verkäufers für den Käufer nur das Recht entsteht, dem Frachtführer Weisungen nach § 433 Abs. 1 HGB zu erteilen. Im übrigen trete in der Rechtslage keine Änderung, namentlich keine sachenrechtliche Wirkung, ein, denn der Käufer werde weder Eigentümer noch unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer.

bb) Demgegenüber meinen nun Haase und Veelken⁷⁹, gestützt auf Cosack⁸⁰, daß der Käufer auf Grund von § 433 Abs. 2 HGB mittelbarer Besitzer werde, da die Voraussetzungen eines „ähnlichen Verhältnisses“ gemäß § 868 BGB zwischen Käufer und Frachtführer nunmehr vorlägen. Der Frachtvertrag sei ein Vertrag zugunsten Dritter, durch ihn werde auch Besitz vermittelt. Hieraus ergebe sich für den Besitz des Empfängers, daß er mittelbarer Besitzer werde, sobald ihm auf Grund des zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages ein Herausgabeanspruch zustehe. Einen solchen Herausgabeanspruch erwerbe er mit der Ankunft des Gutes, wobei der Käufer nicht sofort, sondern unter gewissen Voraussetzungen (§ 328 Abs. 2 BGB) das Recht auf Leistung gegen die Transportperson erlange.

Diese gewissen Voraussetzungen seien die Übergabe des Frachtbriefes oder die Klage aus § 435 Satz 1 und 2

⁷⁸ Ratz in RGRK zum HGB § 433 Anm. 6
Schlegelberger, § 433 Anm. 18
Mosse-Heymann, § 433 Anm. 8
Müller-Erzbach, Kap. 149, Anm. II

⁷⁹ Haase, S. 22 – 27
Veelken, S. 21

⁸⁰ A. a. O. S. 386

HGB, so daß der Käufer mit Eintritt dieser Voraussetzungen mittelbarer Besitzer werde. Auch hierin liege ein Besitzübergang nach § 870 BGB, da § 870 BGB nicht wörtlich auszulegen sei, sondern es genüge, wenn nur der Zuwendende dem anderen einen Herausgabeanspruch „verschaffe“⁸¹.

Verkäufer und Käufer seien dann bis zur Auslieferung mittelbare Mitbesitzer.

Schon für die praktisch bedeutsamste Folge, den Eigentumsübergang, führt diese Konstruktion zu keinem brauchbaren Ergebnis, da der Eigentumsübergang völligen Besitzverlust zugunsten des Käufers voraussetzt⁸². Dieses Erfordernis wird aber beim Entstehen mittelbaren Mitbesitzes nicht erfüllt. Aber auch besitzrechtlich kann der zitierten Meinung nicht gefolgt werden. Die Folgen des § 870 BGB werden nur durch eine echte Abtretung ausgelöst⁸³. Selbst wenn man einen Besitzübergang nach § 870 BGB für möglich halten wollte, wenn der Zuwendende dem anderen einen Herausgabeanspruch „verschafft“, so unterscheidet sich § 433 HGB sowohl in den Voraussetzungen wie in der Wirkung so weitgehend von einem Zessionsvertrag nach § 398 ff BGB, als daß man noch von einem zessionsähnlichen „Verschaffen“ reden könnte. Die Verfügungsrechte des Käufers entstehen nach § 433 HGB kraft Gesetzes, also schon nach dem Wortlaut gerade nicht durch Zession oder zessionsähnlichen Rechtsübergang, und zwar ohne jede Mitwirkung des Verkäufers. Auch die Wirkungen des § 433 HGB unterscheiden sich von einer Zession insoweit, als sie keinen Übergang der Verfügungsrechte des Verkäufers

⁸¹ Vgl. Hellwig, S. 344 ff.; S. 491

⁸² Palandt-Hoche, § 929 Anm. 3 a
RGZ 137, 25

⁸³ Palandt-Hoche, § 870 Anm. 2
Wolff-Raiser, § 14 II
Westermann, § 19 III
Dieckhoff, S. 35
Siegel, S. 26
RGZ 52, 277; RGZ 63, 218

darstellen, sondern diese durch die gesetzlich entstandenen Verfügungsrechte des Käufers suspendieren⁸⁴.

Im Gegensatz zu einer Zession, in der sich der Zedent seiner Rechte zugunsten des Zessionars endgültig entäußert, leben hier die Rechte des Verkäufers sofort wieder auf, wenn der Käufer erklärt, von ihnen keinen Gebrauch machen zu wollen oder die Herausgabeklage zurücknimmt⁸⁵.

Auch wenn also durch ausdehnende Auslegung von § 870 BGB eine zessionsähnliche Besitzübertragung nicht begründet werden kann, so fragt sich doch, ob die genannten Vorschriften nicht einen Besitzübergang kraft Gesetzes zur Folge haben. Es müßte dann der Verkäufer – ebenso wie bei einer echten Abtretung seiner Ansprüche aus dem Frachtvertrag, die jederzeit möglich ist – kraft Gesetzes seinen mittelbaren Besitz verlieren und mittelbarer Besitz bei dem Käufer entstehen, der durch den Frachtführer, als unverändert unmittelbarem Fremdbesitzer, vermittelt wird.

Ein Verlust des mittelbaren Besitzes des Verkäufers scheint nun auf den ersten Blick dadurch einzutreten, als nach § 433 HGB sein Herausgabeanspruch nunmehr von dem Käufer geltend gemacht werden kann. Mittelbarer Besitz setzt aber einen Herausgabeanspruch voraus⁸⁶. Der Anspruch aus § 985 BGB, der dem Verkäufer als Eigentümer zusteht, würde für sich allein keinen mittelbaren Besitz erhalten. Er ist den besitzvermittelnden Verhältnissen des § 868 BGB nicht gleichzusetzen; seine Abtretung löst, wie weiter unten erklärt⁸⁷, auch nicht die Folgen der §§ 870, 931 BGB aus.

Trotzdem reichen die Rechte, die der Verkäufer auch nach Eintritt der Voraussetzungen des § 433 HGB be-

⁸⁴ Ratz in RGRK zum HGB § 433 Anm. 6
Schlegelberger, § 433 Anm. 16
Baumbach-Duden, §§ 433/434 Anm. 2 c

⁸⁵ Ratz in RGRK zum HGB § 433 Anm. 3 a
Schlegelberger, § 433 Anm. 16

⁸⁶ Besonders Wolff-Raiser, § 8 I, 2, auch Anm. 20, ebenda,
mit weiteren Zitaten

⁸⁷ Siehe C III, B 8 a, aa

hält, aus, um ihm seinen mittelbaren Besitz zu erhalten. Das für die Besitzlage maßgebende „ähnliche Verhältnis“ im Sinne des § 868 BGB besteht in Gestalt des Frachtvertrages zwischen Verkäufer und Transportperson weiter, auch wenn bestimmte Verfügungsrechte gegenüber der Transportperson auf den Käufer übergegangen sind. Die Transportperson schuldet dem Verkäufer als Gläubiger eines Werkvertrages einen Erfolg, nämlich die Ablieferung des Gutes an den Käufer⁸⁸. Dieser Erfolg ist noch nicht herbeigeführt; er ist derjenige tatsächliche Akt⁸⁹, durch den der Käufer Besitz und Verfügungsgewalt derart erlangt, daß er die Ware in Gewahrsam nehmen und untersuchen kann. Diese Verfügungsgewalt wird dem Käufer durch die Rechtswirkungen des § 433 Abs. 2 HGB noch nicht geschaffen. Solange daher die Transportperson noch die Ablieferung schuldet, bleibt der Verkäufer Gläubiger des Frachtvertrages, auch wenn sein Verfügungs- und Weisungsrecht nach § 433 HGB suspendiert und durch die Rechte des Käufers überlagert ist. Dieser Gläubigeranspruch auf Herausgabe des Frachtgutes an den Empfänger genügt aber, um den mittelbaren Besitz des Verkäufers zu erhalten⁹⁰. Der Verkäufer kann allerdings in Ermangelung eines abtretungsfähigen Herausgabeanspruches seinen Besitz nicht mehr gemäß § 870 BGB auf einen Dritten übertragen. Diese Beschränkung, die den Käufer zu diesem Zeitpunkt vor anderweitigen Verfügungen des Verkäufers schützen soll, hat jedoch keine besitzrechtlichen Folgen. § 868 BGB setzt keineswegs voraus, daß der mittelbare Besitzer

⁸⁸ Baumbach-Duden, § 425 Anm. 2 B
Ratz in RGRK zum HGB § 425 Anm. 10 u. 17
Häwert, S. 7
RGZ in JW 05, 148

⁸⁹ Dazu Mosse-Heymann, § 377 Anm. 5
Ritter, § 429 Anm. 2 b
Rundnagel, S. 160
RGZ in SA 51 Nr. 284 = S. 442
RGZ in Warn. Rspr. 1911 Nr. 230
RGZ 73, 391; RGZ 91, 290; RGZ 92, 273; RGZ 108, 55;
RGZ 112, 342; RGZ 114, 313

⁹⁰ Wolff in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 29

einen Herausgabeanspruch an sich selbst haben muß⁹¹. Der Herausgabeanspruch an den Käufer genügt zur Erhaltung des mittelbaren Besitzes.

Da sich an dem Frachtvertrag als der nach § 868 BGB allein maßgebenden Grundlage für die Besitzverhältnisse nichts geändert hat, kann umgekehrt der Käufer aus § 433 HGB keinen mittelbaren Besitz erworben haben. Die ihm durch § 433 HGB eingeräumten Verfügungsrechte sind also rein obligatorischer Natur und zeitigen weder besitz- noch eigentumsrechtliche Folgen⁹².

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Käufer weder durch die Übergabe des Frachtbriefes noch durch die Klage aus § 435 HGB mittelbaren Besitz erlangt. Der Frachtbrief selbst kann keinen Besitz übertragen, da er nur Beweisurkunde ist⁹³. Daher wird der Käufer trotz seiner Rechte aus §§ 435, 433 HGB erst mit der Aushändigung Besitzer der Ware, und zwar unmittelbarer Besitzer⁹⁴.

8. Da Besitz- und Eigentumsverhältnisse durch den Parteiwillen abweichend von den vorstehend behandelten gesetzlichen Vorschriften geregelt werden können, ist noch zu untersuchen, welche Möglichkeiten bestehen, den mittelbaren Besitz schon *früher*, d. h. *vor* der Ablieferung, auf den Käufer zu übertragen, so daß er damit – eine Einigung vorausgesetzt – schon vor Ablieferung der Ware bei ihm deren Eigentümer werden kann.

- a) Der Käufer würde nach § 931 BGB Eigentum erwerben, wenn der Verkäufer seinen mittelbaren Besitz *während der Versendung* auf den Käufer übertragen kann.

Eine Übertragung mittelbaren Besitzes auf einen anderen erfolgt gemäß § 870 BGB durch Abtretung des aus dem

⁹¹ BGHZ in LM § 2203 Nr. 1

⁹² Schlegelberger, § 433 Anm. 18
Ratz in RGRK zum HGB § 433 Anm. 6

⁹³ Schlegelberger, § 433 Anm. 11
Dieckhoff, S. 36

⁹⁴ Siehe auch Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 b
Haase, S. 26

Rechtsverhältnis nach § 868 BGB fließenden Herausgabeanspruch⁹⁵.

Einen solchen Herausgabeanspruch hat der Verkäufer gegen die Transportperson auf Grund des Frachtvertrages, insbesondere aus § 433 HGB. Dieser Anspruch kann zum Zwecke der Besitzübertragung an den Käufer abgetreten werden. Der Transporteur braucht von dieser Abtretung nicht benachrichtigt zu werden.

Es genügt daher zur Übertragung des Eigentums vom Verkäufer an den Käufer während der Versendung, daß der Verkäufer seinen Herausgabeanspruch aus dem Frachtvertrag an den Käufer abtritt, ihm damit mittelbaren Besitz und gleichzeitig – eine Einigung vorausgesetzt – Eigentum nach § 931 BGB verschafft.

aa) Überträgt der Verkäufer dem Käufer den mittelbaren Besitz nach § 870 BGB, so vollzieht sich also bei vorliegender Einigung ein Eigentumsübergang nach § 931 BGB. Daraus wäre zu folgern, daß die Abtretung des obligatorischen Anspruchs aus dem Frachtvertrag die Grundlage für den Eigentumsübergang nach § 931 BGB bildet. Die Beantwortung der Frage, welcher Herausgabeanspruch in § 931 BGB abgetreten werden muß, war jedoch von jeher umstritten.

Eine frühe Reichsgerichtsentscheidung⁹⁶ und ein Teil der Literatur⁹⁷ sind der Ansicht, daß unter der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe die Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs zu verstehen sei, wobei bei mittelbarem Besitz des Veräußerers der persönliche Anspruch gegen den Besitzmittler regelmäßig als still-

⁹⁵ RGZ in Warn. Rspr. 1919, Nr. 95
Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 a
Westermann, § 19 III, 2

⁹⁶ RGZ 52, 394

⁹⁷ Johannsen in RGRK zum BGB § 931 Anm. 10
Oertmann in A. c. P. 113, S. 90
Palandt-Hoche in den älteren Auflagen: in der 21. Auflage, § 931 Anm. 3, wird angenommen, daß bei mittelbarem Besitz des Eigentümers generell der persönliche Anspruch abzutreten sei, wobei der dingliche Anspruch als stillschweigend mitabgetreten gelte.

schweigend mitabgetreten sei. Die überwiegende Lehre⁹⁸ teilt jedoch diese Ansicht nicht und entscheidet sich vielmehr dahingehend, daß in den Fällen, in denen der Verkäufer mittelbarer Besitzer ist, lediglich der Anspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis abgetreten werden kann. Nur die Abtretung *dieses* Anspruchs führe bei vorliegender Einigung die Übereignung gemäß § 931 BGB herbei. Daher sei in § 931 BGB weder die Abtretung des Anspruchs aus § 985 BGB noch die kumulierte Abtretung des Anspruchs nach § 985 BGB und aus dem Besitzmittlungsverhältnis möglich⁹⁹. Denn mit der Abtretung dieses Anspruchs erlösche der Anspruch aus § 985 BGB in der Person des Veräußerers und entstehe in der Person des Erwerbers als die sich aus § 931 BGB ergebende Folge. Der Erwerb des Anspruchs aus § 985 BGB sei nur die Folge, nicht aber der Inhalt des Rechtsgeschäftes im Sinne des § 931 BGB.

Auch wir sind der Ansicht, daß der Eigentumsübergang gemäß § 931 BGB nur durch Abtretung des persönlichen Anspruchs des mittelbaren Besitzers aus dem Besitzmittlungsverhältnis gegen den Besitzmittler erfolgen kann. Denn § 931 BGB stellt eine Ausnahmeregel zu dem Normalfall des § 929 Satz 1 BGB dar, indem er für den Besitzübergang bei der Eigentumsverschaffung keine Tradition von Hand zu Hand erfordert, sondern Übergang des mittelbaren Besitzes auf den Erwerbenden genügen läßt¹⁰⁰. Der Übergang des mittelbaren Besitzes wird durch § 870 BGB geregelt, der – wie festgestellt – davon ausgeht, daß der Besitz vermittelnde persönliche Anspruch abgetreten wird. § 870 BGB ist daher eine tatbestandsmäßige Voraussetzung für den Besitzübergang im Sinne des § 931 BGB, so daß die abzutretenden Ansprüche in § 870 BGB und § 931 BGB identisch sein

⁹⁸ Baur, § 51 VI, 1
Oechßler in Soergel-Siebert, § 931 Anm. 4
v. Staudinger-Berg, § 931 Anm. 3
Westermann, § 41 II, 4
Wolff-Raiser, § 67 II, 1

⁹⁹ So besonders Baur, § 51 VI, 1

¹⁰⁰ RGZ in Warn. Rspr. 1919 Nr. 95

müssen. Daher ergibt sich in logischer und rechtlicher Konsequenz, daß nur der Anspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis für die Abtretung im Sinne des § 931 BGB in Betracht kommt, die Abtretung eines anderen Anspruchs aber nicht den für § 931 BGB erforderlichen mittelbaren Besitz auf den Erwerber überträgt¹⁰¹.

- b) Ein Teil der Lehre¹⁰² ist nun der Ansicht, daß es nicht einmal der *Zession* eines Herausgabeanspruches bedarf, um den mittelbaren Besitz und damit das Eigentum während der Versendung auf den Käufer zu übertragen. Sie versucht, die Zession im Sinne des § 870 BGB durch einen anderen Übergang des mittelbaren Besitzes zu ersetzen.

- aa) Einige Vertreter¹⁰³ dieser Lehre wollen dieses Ergebnis mit folgender Konstruktion erreichen:

Der Verkäufer könne mit dem Transporteur bei Beginn der Versendung vereinbaren, daß dieser von einem gewissen Zeitpunkt ab für den Käufer und nicht mehr für den Verkäufer besitzen solle. Ein solcher Zeitpunkt könne z. B. die Benachrichtigung der Transportperson vom Eingang des Kaufpreises beim Verkäufer sein. Der Käufer könne dann von diesem Zeitpunkt an fordern, daß die Transportperson *für ihn besitze*. Die Transportperson sei dann, gäbe der Käufer eine entsprechende Erklärung ab, zur sofortigen Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Käufer verpflichtet. Der Käufer habe dann für den Rest der Reise die Verfügungsrechte des Verkäufers, so daß er mit seiner Erklärung mittelbarer Besitzer werde. Besitzrechtlich ergebe sich dabei eine doppelte Folge:

Erstens vereinbare der Verkäufer mit der Transportperson, er wolle in dem Augenblick, in dem der Käufer die Übergabe fordere, nicht mehr mittelbarer Besitzer

¹⁰¹ So auch BGHZ in NJW 1959, 1538
RGZ in Warn. Rspr. 1925 Nr. 166

¹⁰² Gaertner, S. 18/19
Haase, S. 22/23
Ebeling, S. 43/44

¹⁰³ Gaertner, S. 18/19
Haase, S. 22/23

sein. Daher erlösche mit der Erklärung des Käufers der mittelbare Besitz des Verkäufers.

Zweitens verpflichte sich die Transportperson gegenüber dem Verkäufer, den Käufer als mittelbaren Besitzer anzuerkennen; komme sie dieser Verpflichtung nach, so erwerbe der Käufer den mittelbaren Besitz; *causa possessionis* sei der Frachtvertrag, in den der Käufer mit seiner Erklärung eintrete¹⁰⁴.

Diese Art der Besitzübertragung sei trotz des Wortlauts „Abtretung“ in § 870 BGB möglich, da es im § 870 BGB nicht auf einen Abtretungsvertrag im Sinne der §§ 398 ff BGB ankomme, sondern vielmehr nur darauf, daß dem Zedenten ein Herausgabeanspruch „verschafft“ werde¹⁰⁵.

Zunächst ist offensichtlich, daß es einer weiten, vom Wortlaut des § 870 BGB abweichenden Auslegung bedarf, um zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen. Zu einer solchen Abweichung vom Wortlaut besteht aber aus rechtlichen und praktischen Gründen weder ein Bedürfnis noch eine Notwendigkeit¹⁰⁶.

Wir sind daher mit der herrschenden Lehre der Ansicht, daß durch diese Konstruktion kein mittelbarer Besitz während der Versendung auf den Käufer übertragen werden kann. In diesem Fall liegt ein Untergang des mittelbaren Besitzes des Verkäufers vor und – bei Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses – eine

¹⁰⁴ So besonders Gaertner, S. 19, der dann entgegen der übereinstimmenden Lehre während der Versendung ein Besitzmittlungsverhältnis sowohl zwischen Verkäufer und Frachtführer als auch zwischen Frachtführer und Käufer bejahen muß, zumal er es offen läßt, ob der Frachtvertrag mit der Erklärung des Verkäufers zwischen ihm und dem Frachtführer beendet sein soll.

¹⁰⁵ So auch Gaertner, S. 22
Haase, S. 22/23

¹⁰⁶ Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 a
Wolff-Raiser, § 14 II
Westermann, § 19 III
Dieckhoff, S. 35
Siegel, S. 26
RGZ 52, 277; RGZ 63, 218

Neuentstehung mittelbaren Besitzes für den Käufer¹⁰⁷. Auf diese Weise kann daher nur Eigentum nach § 929 Satz 2 BGB übertragen werden, nicht aber nach § 931 BGB in Verbindung mit § 870 BGB, da es an der erforderlichen Abtretung eines Herausgabeanspruchs fehlt¹⁰⁸. Eine Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und der Transportperson, diese solle von einem gewissen Zeitpunkt ab nicht mehr für ihn, sondern für den Käufer besitzen, kann nicht genügen, denn der mittelbare Besitz und damit gegebenenfalls das Eigentum kann nicht ohne Wissen des Käufers zu einem für ihn unbekannten Zeitpunkt übertragen werden. Zudem wäre es für jeden praktisch denkenden Frachtführer oder Spediteur höchst unverständlich, wenn man ihm sagte, er solle ab Ort X für den Empfänger besitzen. Der Käufer müßte daher in jedem Fall von einer etwaigen Vereinbarung des Verkäufers mit der Transportperson benachrichtigt werden; da aber diese Nachricht für eine Zession im Sinne des § 870 BGB genügen würde, erscheinen die weiteren Erfordernisse dieser Konstruktion überflüssig. Denn wenn der Verkäufer sagen würde: „Ich verzichte auf den mittelbaren Besitz, jetzt besitze Du, Transportperson, für den Käufer“, würde, wenn der Käufer Kenntnis hat und nicht widerspricht, der Herausgabeanspruch abgetreten sein und der gewöhnliche Fall der Übertragung nach § 870 BGB vorliegen. Wenn der Käufer aber nichts weiß und daher keine Erklärung abgeben kann, so würde allenfalls der mittelbare Besitz des Verkäufers untergehen, wenn er darauf verzichtet. Es ist also unerlässlich, daß der Käufer bei dieser Konstruktion mit der Transportperson zum vereinbarten Zeitpunkt ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB vereinbart. Wie aber soll das während der Versendung praktisch durchgeführt werden?

¹⁰⁷ Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 a
 v. Staudinger-Berg, § 931 Anm. 1
 Kregel in RGRK zum BGB § 870 Anm. 7
 BGH in NJW 1959, S. 1539
 BGH in BB 1960, S. 881
 RGZ 103, 151

¹⁰⁸ Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 a

Es könnte nur eine Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 2 BGB in Betracht kommen. Auf Grund seiner Vereinbarungen mit der Transportperson verliert zwar der Verkäufer seinen Besitz; wie aber wird der Besitz des Käufers – in Betracht kommt nur mittelbarer Besitz – begründet? Gibt er gegenüber dem Frachtführer die Erklärung ab, dieser solle nun für ihn besitzen, so könnte zwar der Transporteur dadurch Besitzmittler des Käufers werden, wenn zwischen ihnen ebenfalls ein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB hergestellt wird. Die hier behandelte Meinung nimmt einen Eintritt des Käufers in den Frachtvertrag an. Wie aber soll dieser vor sich gehen, besonders dann, wenn der Verkäufer zwar auf seinen mittelbaren Besitz, nicht aber auf seine Rechte aus dem Frachtvertrag verzichten will?

Die Lösung Gaertners und Haases wäre also nur insoweit haltbar, als nach ihr eine Übertragung des Eigentums nach § 929 Satz 2 möglich ist. Voraussetzung dafür aber ist, daß der Verkäufer mit dem Transporteur nicht nur vereinbart, daß dieser von einem gewissen Zeitpunkt an nicht mehr für ihn, sondern für den Käufer besitzt, sondern daß der Käufer eine entsprechende Anforderung an die Transportperson abgibt und mit ihr ein neues Verhältnis im Sinne von § 868 BGB vereinbart. Welch eine umständliche und rechtlich komplizierte Lösung, nur um die Abtretung gemäß § 870 BGB zu vermeiden!

- bb) Eine andere Konstruktion¹⁰⁹ geht dahin, daß der Käufer mit Empfang eines Frachtbrief-Duplikats mittelbarer Besitzer *neben* dem Verkäufer werden könne. Er erlange durch die Übergabe des Duplikats eine durch einseitige Anordnung des Verkäufers nicht mehr entziehbare Anwartschaft auf den Erwerb des Herausgabeanspruchs. Es läge daher ein mittelbarer Besitz vor, obwohl der Käufer zu diesem Zeitpunkt keinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer habe.

Auch diese Meinung scheitert aus folgenden Gesichtspunkten: Es fehlt *contra legem* ein Verhältnis gemäß

¹⁰⁹ Ebeling, S. 43/44

§ 868 BGB zwischen Käufer und Transportperson, also die wesentliche Voraussetzung des mittelbaren Besitzes. Zudem wird im Falle der Übersendung des Frachtbrief-Duplikats weder ein dingliches Recht übertragen noch eine Anwartschaft begründet. Nur bei Waren, für die Traditionspapiere ausgestellt werden, wird der Käufer mit Empfang dieser Papiere, also auch schon während der Versendung, mittelbarer Besitzer¹¹⁰.

Zu diesen Papieren gehört jedoch nicht das Frachtbrief-Duplikat, das lediglich eine Beweisurkunde ist und keine sachenrechtlichen Beziehungen des Käufers zur Ware begründet¹¹¹. Lediglich die Übergabe des Frachtbriefes selbst *nach* Ankunft des Gutes am Ablieferungsort hat ein Erlöschen der Rechte des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 BGB zur Folge. Wird der Frachtbrief oder ein Duplikat schon früher übergeben, so bleiben die Rechte des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 HGB unverändert bestehen, und keineswegs wird dadurch eine Anwartschaft oder gar ein mittelbarer Besitz des Käufers begründet. Letzteres wäre nur in den Fällen möglich, in denen die Übersendung des Frachtbrief-Duplikats, sei es auf Grund von Parteivereinbarungen, sei es stillschweigend, eine Zession gemäß § 870 BGB ausdrücken soll¹¹². Dann aber liegt ein echter Zessionsvertrag zwischen den Parteien vor, der nach außen hin durch die Übersendung des Duplikats gekennzeichnet wird. Der Übergang des mittelbaren Besitzes erfolgt also auch dann nur auf Grund des Abtretungsvertrages, nicht aber infolge der Übersendung des Duplikats¹¹³.

- cc) Wir kommen daher abschließend zu dem Ergebnis, daß allein die Zession nach § 870 BGB in Verbindung mit § 931 dem Käufer den mittelbaren Besitz und gegebenen-

¹¹⁰ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 179
Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 b

¹¹¹ Palandt-Hoche, § 870 Anm. 1 b
Haase, S. 26

¹¹² Baur, § 51 VI 3
Wolff-Raiser, § 67 II 1 Anm. 18, mit weiteren Zitaten

¹¹³ So auch Düringer-Hachenburg, HGB, Bd. V, 1. Binl. zu §§ 373 – 382
Anm. 31

falls das Eigentum zu übertragen geeignet ist. Dazu genügt es, daß der Verkäufer dem Käufer seinen Herausgabeanspruch aus dem Frachtvertrag abtritt, zumal er allein bis zur Ankunft des Gutes beim Käufer Rückgabe oder Herausgabe des Gutes verlangen kann. Diese Abtretung kann formlos – so durch Telefonanruf – erfolgen oder bereits im Kaufvertrag für einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt werden.

Hinzu kommt, daß die Transportperson von der Zession nicht benachrichtigt zu werden braucht, was in der Regel technisch meist schwierig sein würde. Der Eigentumsübergang ergibt sich dann gemäß § 931 BGB als notwendige Folge. Der theoretisch mögliche Fall des Eigentumsüberganges nach § 929 Satz 2 BGB durch Verzicht des Verkäufers auf mittelbaren Besitz einerseits und Neubegründung eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen Käufer und Transportperson vor der Ablieferung dürfte praktisch im Versendungskauf nicht vorkommen.

9. Zusammenfassend ist daher festzustellen:

- a) Mit der Auslieferung der Ware durch den Verkäufer an die Transportperson wird diese unmittelbarer Besitzer, der Verkäufer mittelbarer Besitzer.
- b) Der Käufer erlangt weder während der Versendung noch nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort den mittelbaren Besitz.
- c) Während der Versendung kann der Verkäufer seinen mittelbaren Besitz auf den Käufer nur dadurch übertragen, daß er ihm auf Grund eines Zessionsvertrages den Herausgabeanspruch gegen die Transportperson abtritt.
- d) Den unmittelbaren Besitz erlangt der Käufer mit der Ablieferung der Ware durch die Transportperson an ihn.

C) Die Einigung

1. Es ist nunmehr festzustellen, wie im Falle des Versendungskaufes die Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang erfolgt. Die Einigung ist ein dinglicher Vertrag, der formlos und auch durch schlüssige Handlungen abgeschlossen werden kann. Wie und wann kommt nun dieser Vertrag beim Versendungskauf zwischen den Parteien zustande?

Die herrschende Lehre¹¹⁴ nimmt an, daß in dem seltenen Fall, wo die Transportperson Beauftragter des Käufers ist oder vom Verkäufer zum Beauftragten des Käufers bestellt wird¹¹⁵, mit Empfang der Ware durch sie das Eigentum auf den Käufer übergehe, wenn der Wille des Käufers beim Besitzerwerb durch seine Transportperson auf sofortigen Eigentumserwerb gerichtet und ausdrücklich oder durch erkennbar schlüssige Handlungen in die äußere Erscheinung getreten sei¹¹⁶. Daneben müsse die Transportperson bei Inbesitznahme des Gutes selbst den Willen gehabt haben, in Vertretung des Käufers zu handeln.

Da gewerbsmäßige Frachtführer regelmäßig nicht Vertreter des Käufers seien, handelten sie als Vertreter des Verkäufers. Dann werde regelmäßig die Einigung erst – vorausgesetzt, daß der Käufer den Erwerbswillen habe – mit der Ablieferung am Bestimmungsort stattfinden. Die den Annahmewillen enthaltende Erklärung des Käufers brauche nicht zur Kenntnis des Verkäufers zu gelangen, es bedürfe also nicht eines förmlichen Vertragsabschlusses¹¹⁷. Es genüge, wenn der Käufer die erwarteten Handlungen vornimmt und dadurch das Behaltenwollen in schlüssiger Weise ausdrückt. Ausdrücklich müsse nur die Nichtannahme erklärt werden. Diese Lösung ist praktisch und den Voraussetzungen und Bedingungen des Versendungskaufes entsprechend.

2. Hiermit sind jedoch nicht alle auftretenden Probleme gelöst. Es ist daher notwendig, genau wie beim Besitzübergang, die einzelnen Abschnitte des Versendungskaufes auch in bezug auf die Einigung zu überprüfen.

Vorweg sei wiederholt, daß dann kein Versendungskauf im Sinne des § 447 BGB vorliegt, wenn der Käufer die Ware durch eigene Leute oder eine von ihm beauftragte Transportperson abholen läßt. Diese Transportperson ist hinsichtlich der Einigung Vertreter des Käufers und nimmt das Einigungsangebot des Verkäufers an, so daß eine Einigung unter Anwesenden

¹¹⁴ Treffend dargestellt durch Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 171 – 174

¹¹⁵ Siehe Kuhn in RGRK zum BGB § 447 Anm. 21

¹¹⁶ Roß, S. 21

¹¹⁷ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 171 – 174, der sich dafür auf RGZ 108, 27; RGZ 64, 145; RGZ 12, 82 beruft.

vorliegt. Da sie in diesem Fall, wie oben ausgeführt, zugleich als Besitzmittler des Käufers unmittelbaren Besitz erlangt, geht damit das Eigentum auf den Käufer über. Die Gefahrtragung regelt sich nach § 446 BGB, und § 447 BGB findet keine Anwendung.

3. Die Einigung ist ein dinglicher Vertrag, der durch Annahme des Einigungsangebotes zustande kommt. Die Notwendigkeit des Vertragsabschlusses wird auch von der oben angeführten Lehre nicht verneint, deren Meinung, ein förmlicher Vertragschluß sei nicht erforderlich, nur bedeutet, daß zur Abgabe des Einigungsangebotes und seiner Annahme schlüssige Handlungen ausreichen und üblich sind.
4. Zu welchem Zeitpunkt wird nun dieser dingliche Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer geschlossen? Eine Einigung vor Übergabe der Ware an die Transportperson wäre zwar in der Form denkbar, daß die Einigung zugleich mit der Bestellung erfolgt. Aber abgesehen davon, daß eine solche dingliche Einigung bei der Bestellung nicht den praktischen Vorstellungen der Parteien entspricht, scheidet sie in all den häufigen Fällen aus, in denen *Gattungssachen* bestellt werden. Die Einigung muß sich auf einen konkreten Gegenstand beziehen. Daher kann bei Bestellung einer Gattungssache keine Einigung über den Eigentumsübergang an dem Kaufgegenstand stattfinden¹¹⁸. Ein Einigungsangebot kann erst dann abgegeben werden, wenn sich die Gattungsschuld nach § 243 Abs. 2 BGB in eine Speziesschuld verwandelt hat. Das wird bei der Versendung von Gattungssachen anläßlich der Übergabe an die Transportperson der Fall sein¹¹⁹, so daß erst von diesem Moment an ein Einigungsangebot abgegeben werden könnte.

Über den Augenblick, in welchem nun die Abgabe des Einigungsangebotes erfolgt, gibt es Meinungsverschiedenheiten. Man sieht das Angebot in der Übersendung der Ware, im bedingungslosen Ausliefern an die Transportperson, der Übergabe an den Käufer.

Wir sind der Ansicht, daß der Verkäufer, bringt er die Ware zur Versendung, dadurch seinen Willen ausdrückt, daß er das

¹¹⁸ Dazu Frommer, S. 77

¹¹⁹ Blomeyer, S. 59

Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 175

Gut an den Käufer übereignen will. Es wird praktisch – außer beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt – kaum vorkommen, daß ein Verkäufer Waren für den Käufer zur Versendung aufgibt, ohne den Willen zu haben, das Eigentum übergehen zu lassen. Er müßte dann während der Versendung ein besonderes Einigungsangebot dem Käufer übermitteln, wohl ein rein theoretischer Fall. Daher ist in der bedingungslosen Übergabe der Ware an die Transportperson die Abgabe des Einigungsangebotes seitens des Verkäufers zu sehen.

5. Da das Einigungsangebot dem Käufer gegenüber abzugeben ist, ist nunmehr zu prüfen, auf welche Weise seine Übermittlung erfolgt. Sicher ist soviel, daß die Transportperson auch bei der Übermittlung des Einigungsangebotes tätig wird, wobei von Fall zu Fall zu entscheiden ist, welche Rechtsfunktion in wessen Namen sie bei der Einigung ausübt¹²⁰. Die Transportperson kann nur für den Verkäufer tätig werden, da die Fälle, in denen sie als Beauftragte des Käufers handelt, keine Versendungskäufe im eigentlichen Sinne sind. Wenn die Transportperson beim echten Versendungskauf des § 447 BGB als Übermittlerin des Einigungsangebotes des Verkäufers tätig wird, sind zwei Möglichkeiten des Handelns mit Wirkung für den Verkäufer denkbar, die sich in ihren Rechtsfolgen, z. B. bei Willensmängeln, wesentlich unterscheiden: § 120 BGB gegenüber § 166 BGB.

- a) Es wäre möglich, daß die Transportperson entweder Erklärungsbote des Verkäufers im Sinne des § 120 BGB ist, d. h. seine Willenserklärung nur weitergibt, oder daß sie Vertreterin des Verkäufers ist und eine eigene Erklärung abgibt. Die Unterscheidung, wann eine Mittelsperson als Bote oder als Stellvertreter anzusehen ist, wird nicht einheitlich getroffen:

Ein Teil der Lehre¹²¹ stellt es darauf ab, ob der Erklärende nach außen hin als Bote oder Stellvertreter auftritt. Konnte

¹²⁰ Wolff-Raiser, § 66 I b Anm. 1
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 171
OLG Stuttgart in BB 1950, S. 412

¹²¹ Dazu Enneccerus-Nipperdey II, § 178 II 1 c
Palandt-Danckelmann, Vorbem. zu § 164 Anm. 2
RGRK zum BGB § 119 Anm. 10
Lehmann, S. 280/281

der Geschäftsgegner auf Grund des Verhaltens der Mittelsperson annehmen, daß sie Stellvertreter im Rechtssinne ist, dann darf er ihre Erklärungen so würdigen, wie sie nach ihrem Verhalten zu verstehen sind, also als solche eines Vertreters. Ein gegenteiliger Einwand dahingehend, der Mittelsperson fehle es an einer Ermächtigung zur Stellvertretung, und sie verrichte nur Botendienste, sei nach Treu und Glauben unzulässig. Diese Lehre hat sich jedoch nicht durchgesetzt, denn die Entscheidung allein auf das äußere Auftreten der Mittelsperson abzustellen, würde zu unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten führen.

Die übermittelnde Person hätte es dann, unabhängig von dem zwischen ihr und dem Geschäftsherrn bestehenden Verhältnis in der Hand, selbst zu bestimmen, ob sie als Bote oder Stellvertreter auftreten will. Da sich hieran jeweils verschiedene Rechtsfolgen knüpfen, würde das Geschäft allzuleicht den Händen des Geschäftsherrn entgleiten und die Rechtsfolgen, welche sich aus dem Geschäft ergeben, den Zufälligkeiten einer Deutung des Auftretens des Übermittlers ausgesetzt sein.

Es ist vielmehr mit der herrschenden Lehre¹²² dahingehend zu entscheiden, daß das Innenverhältnis, d. h. das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsperson bestimmt, ob die Mittelsperson Bote oder Stellvertreter ist.

Bei der Unterscheidung auf Grund des Innenverhältnisses wird häufig aus einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis auf Boteneigenschaft geschlossen. Dieses Indiz ist jedoch nur beschränkt brauchbar, da ein sozial Abhängiger durchaus Vertreter sein kann, wie umgekehrt ein sozial Gleichgeordneter als Bote fungieren kann¹²³. Maßgebend ist allein der Einfluß der Mittelsperson auf den Geschäftswillen. Überbringt sie gleichsam wie ein Tonband mechanisch eine Nachricht, ist sie Bote, bildet sie sich selbst einen Geschäfts-

¹²² v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 184 Anm. 27
Müller-Freienfels, S. 72
Eichner, S. 55 ff.
Hueck in A. C. P. 152, 440
Bekker in Jherings Jahrbuch 49, S. 35

¹²³ Enneccerus-Nipperdey II, § 178 Anm. 4

willen, den sie mit Wirkung für oder gegen den Geschäftsherrn abgeben will, ist sie Vertreter¹²⁴.

- b) Die Transportperson – in den überwiegenden Fällen ein Frachtführer – ist regelmäßig ein selbständiger Unternehmer und Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Sie tritt dem Versender als selbständiger Vertragspartner gegenüber. Sie hat ihm gegenüber vertragliche Pflichten und Rechte; ein soziales Unterordnungsverhältnis liegt also nicht vor¹²⁵. Hinzu kommt, daß das Gesetz dem Frachtführer eine besondere Selbständigkeit gibt. So hat der Frachtführer eine gewisse Freiheit in der Bestimmung der Beförderungsfrist nach § 428 HGB. Aus seiner Haftung für das ihm übergebene Gut ergibt sich sein Recht, alle Handlungen vorzunehmen, die zur Erhaltung des Gutes erforderlich sind. Man wird es z. B. geradezu als Vertragspflicht des Frachtführers ansehen müssen, wenn er – entgegen den Weisungen des Absenders – das Gut dem Empfänger nicht aushändigt, falls er etwa am Ankunststage erfährt, daß dieser gerade in Konkurs gefallen ist.

Ferner hat der Frachtführer nach § 440 Abs. 1 HGB ein gesetzliches Pfandrecht, das ihm die entsprechende Verfügungsgewalt einräumt. Das Kriterium der sozialen Abhängigkeit ergibt daher, daß die Stellung der Transportperson im Verhältnis zum Absender so verselbständigt ist, daß sie schon deshalb nicht als Bote, sondern als Stellvertreter des Absenders anzusehen ist¹²⁶. Wie weit nun die Transportperson eigenen Geschäftswillen bildet oder sich mechanisch den bestehenden Willen des Absenders zu eigen macht, wird in der Praxis schwer offenbar, da bei der Übergabe von Frachtgut im allgemeinen eine ausdrückliche Erklärung nicht abgegeben wird. Es wird hier regelmäßig so

¹²⁴ Pinczower, S. 20
v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Anm. 27 und 28
Bucher in SJZ 1954, S. 23

¹²⁵ Haase, S. 4

¹²⁶ So auch v. Staudinger-Berg, § 929 Anm. 14 d
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 172
Frommer, S. 14
Haase, S. 5

sein, daß die Einigung über den Eigentumsübergang durch konkludente Handlung erfolgt¹²⁷.

Es wurde aber bereits festgestellt, daß die Transportperson keineswegs immer zur Übereignung verpflichtet ist, sondern im eigenen und im Interesse des Versenders eine gewisse Entscheidungsfreiheit behält, ob sie ausliefern und damit konkludent auch die Einigungserklärung abgeben will. Da danach auch diese konkludente Handlung als eine von der Transportperson gewollte anzusehen und einer ausdrücklichen rechtsgeschäftlichen Erklärung gleichzustellen ist, ist auch insoweit eine Stellvertretung bei dem Einigungsangebot zu bejahen. Daher spricht sowohl das Kriterium der sozialen Selbständigkeit wie auch die Selbständigkeit des Geschäftswillens dafür, daß die Transportperson Vertreter des Verkäufers im Sinne der §§ 164 ff. ist¹²⁸.

- c) Eine gewisse Schwierigkeit ergibt sich gerade im Falle des Versandungskaufes für die endgültige Entscheidung noch daraus, daß der Frachtführer nach sehr speziellen Weisungen zu verfahren hat. Es gibt Grenzfälle, in denen dem Boten eine beschränkte Entscheidungsmöglichkeit in Äußerlichkeiten des Geschäfts eingeräumt wird, ebenso wie es denkbar ist, daß die Vertretungsmacht des Stellvertreters auf eng umgrenzte Tatbestände eingeschränkt ist.

Manche nehmen in solchen Fällen an, daß hierdurch der Bote zum Stellvertreter und umgekehrt der Stellvertreter zum

¹²⁷ Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 170

Westermann, § 38, 2

Dieckhoff, S. 58

Frommer, S. 82

Haase, S. 58

Johannsen in RGRK zum BGB § 929 Anm. 37

Wolff-Raiser, § 66, 4a

RGZ 108, 28; RGZ in JW 1924, 677; RGZ 64, 145/146;

RGZ in SA 62, Nr. 230, S. 401

¹²⁸ v. Staudinger-Ostler, § 447 Anm. 37

BGHZ 1, S. 4

OLG Stuttgart in BB 1950, 412

OLG Hamburg in OLGR 39, 141

RGZ 102, 40/41

Boten wird¹²⁹, während der überwiegende Teil der Lehre¹³⁰ eine Beschränkung der Stellvertretung auf bestimmte eng umgrenzte Tatbestände zuläßt.

Der Frachtführer hat im Zweifel außer der tatsächlichen Durchführung des Transportes nur die Anweisung, die Ware an den Käufer auszuhändigen und damit das Einigungsangebot abzugeben, jede über die Durchführung des Frachtauftrages hinausgehende weitere Maßnahme und rechtsgeschäftliche Handlung – so etwa Entgegennahme einer Minderungs- oder Wandlungserklärung – dem Verkäufer aber selbst zu überlassen.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Entscheidungsspielraum der Transportperson erheblich eingeschränkt ist, ja es scheint so, als bestände ihre Tätigkeit nur in einer Übermittlung.

Wird in solchen Fällen der Stellvertreter zum Boten oder kann die Vertretungsmacht des Stellvertreters auf so eng umgrenzte Tatbestände beschränkt werden, ohne daß seine Stellung als Vertreter dadurch berührt wird? Die Frage ist von jeher in der Lehre umstritten. Man bejaht zwar die Möglichkeit, jemandem, der an sich Vertretungsmacht hat, ganz bestimmte Weisungen über den Inhalt des von ihm abzuschließenden Geschäfts zu erteilen.

Andererseits bleibt diesem Vertreter, erfüllt er die erhaltenen Weisungen, kaum eine eigene Entschlußfreiheit, da sein Tun darauf beschränkt ist, anstelle des Vertretenen eine vorher mehr oder weniger festgelegte Erklärung abzugeben. Daher wird dieser auch als „Vertreter in der Erklärung“ oder als „Vertreter mit gebundener Marschroute“ bezeichnet.

Ein Teil der Lehre¹³¹ ist nun der Ansicht, daß die Mittelsperson *auch dann noch* als Vertreter gemäß §§ 164 ff. BGB

¹²⁹ So Müller-Erbach, Kap. 130 Anm. I, 1
Auch angeführt bei Enneccerus-Nipperdey II, § 178 Anm. 4,
mit weiteren Zitaten

¹³⁰ v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Anm. 36
Krüger-Nieland in RGRK zum BGB § 120 Anm. 12
Lange, S. 292
Pinczower, S. 25
Ulmer in SJZ 1948, S. 140

¹³¹ So v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Anm. 24–26
Ulmer in SJZ 1948, 138 ff.
Bosch in D. Not. Z. 1951, 166 ff.
OLG Celle in NJW 1950, S. 430

anzusehen ist, wenn sie sich nach genau bestimmten Weisungen zu richten hat. Diese Lehre sieht die Abgrenzung des Vertreters vom Boten darin, daß der Vertreter anstelle und im Range des Vertretenen auftritt, sie stellt es also nicht auf die Entschlußfreiheit der Mittelsperson ab. Da aber auch der Vertreter mit gebundener Marschroute, im Gegensatz zum Boten, für den Geschäftsherrn „handelt“, kommt diese Lehre zum Ergebnis, daß *auch dann* eine Vertretung vorliegt, wenn jemand, der bestimmte Weisungen hat, für den Vertretenen auftritt.

Eine Abgrenzung des „Vertreters in Willen“ zum „Vertreter in Erklärung“ erübrigt sich dabei, da beide nach obiger Ansicht echte Vertreter gemäß § 164 ff. BGB sind.

Da das „Handeln“ für den Geschäftsherrn ein gewisses Maß von Entscheidungsfreiheit zwingend enthält, wird auch derjenige Teil der Lehre¹³², der die Entscheidung auf die Entschlußfreiheit der Hilfsperson abstellt, praktisch zu den gleichen Ergebnissen kommen:

Sobald in irgendeiner Beziehung, und sei es auch nur in Nebensächlichkeiten, ein eigener Wille des Gehilfen entscheide, so sei dieser als Vertreter anzusehen. Das sei auch dann der Fall, wenn es ihm überlassen sei, ob er die Erklärung überhaupt abgebe oder ob sie an diesen oder jenen Empfänger zu richten sei; denn auch hier treffe die Hilfsperson eine eigene Entscheidung. Daher liege Botenschaft bei strenger, jede eigene Willensbildung des Gehilfen ausschließende Bindung an die Weisung des Geschäftsherrn vor, dagegen Stellvertretung bei eigener Entscheidungsbefugnis der Mittelsperson¹³³.

Auch wir sind der Ansicht, daß es des besonderen Begriffes eines „Vertreters in der Erklärung“ nicht bedarf. Bei der Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter ist das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Mittelsperson entscheidend. Vereinbarung der Auftraggeber auf Grund dieses Innenverhältnisses mit seinem Vertreter, daß dieser nicht

¹³² Hueck in A. C. P. 152, 432 ff.
Bucher in JZ 1954, 22 f.
Weber in D. Not. Z. 1951, S. 316 – 318

¹³³ Hueck in A. C. P. 152, 443

nur eine Erklärung überbringe, sondern für ihn rechtsgeschäftlich handeln soll, so muß und wird er ihm eine eigene, wenn auch nur beschränkte, Entscheidungsfreiheit zubilligen. Denn der Geschäftsherr wird sich darüber im klaren sein, daß Möglichkeiten auftreten können, die ein rechtsgeschäftliches Handeln erfordern, er diese Möglichkeiten aber nicht voraussehen und daher seine Anweisungen nicht auf sie erstrecken kann. Da er selbst nicht in der Lage ist, in diesen Fällen rechtsgeschäftlich zu handeln, muß er es seiner Mittelsperson überlassen, ob sie auf Grund ihres eigenen Willens dann die erforderlichen Erklärungen abgibt oder nicht. Dann aber haben wir einen „Vertreter im Willen“ vor uns, auf den das Stellvertretungsrecht des BGB ausdrücklich abgestellt ist.

Aber selbst wenn man entgegen unserer Ansicht das entscheidende Merkmal der Stellvertretung in der *sozialen Stellung* der Mittelsperson sieht, also auf ihr äußeres Auftreten abstellt, muß man zum gleichen Ergebnis kommen. Denn auch diesem Vertreter ist vom äußeren her ein eigener Wille gelassen worden, er vertritt einen eigenen Willen. Der Begriff eines „Vertreters in der Erklärung“ ist daher überflüssig und mit dem „Vertreter mit gebundener Marschroute“ keineswegs identisch. Auch ein „Vertreter im Willen“ kann mit einer gebundenen Marschroute, d. h. mit einer eingegengten Vollmacht versehen werden¹³⁴, die ihm aber die zur Vertreter Eigenschaft erforderliche Entschlußfreiheit und die Möglichkeit, anders zu handeln, beläßt. Daher ist die gebundene Marschroute zunächst nur ein Indiz für eine spezialisierte Vollmacht, nicht aber dafür, daß Boteneigenschaft vorliegt. Die Abgrenzung zwischen Vertreter mit gebundener Marschroute und dem Boten bleibt also unverändert möglich.

Ist daher der Frachtführer vom Verkäufer angewiesen, gegenüber dem bestimmten Käufer das Einigungsangebot abzugeben, sonst aber keine rechtsgeschäftlichen Handlungen vorzunehmen, so ist er sicherlich ein Vertreter mit gebundener Marschroute, aber er hat die Freiheit, sich zu entscheiden, ob und wann er die Ware ausliefert, so bei dro-

¹³⁴ Dazu Lent, S. 155
Müller-Freienfels, S. 72

hendem Konkurs des Käufers, ob er das Angebot abgibt oder ob er die Übergabe der Ware an den Käufer von einer Bedingung – so vorherige Rücksprache des Käufers mit dem Verkäufer – abhängig macht. Daher ist er trotz dieser begrenzten Entscheidungsfreiheit Vertreter und nicht Bote¹³⁵.

6. Diese Rechtsfigur des Vertreters mit gebundener Marschroute wirft besondere, in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich behandelte Probleme auf, wenn der Vertreter seine gebundene Marschroute verläßt und durch unbewußtes Überschreiten der Vollmacht oder ein bewußtes Abweichen von den erhaltenen Weisungen über den Rahmen seiner Vollmacht hinausgeht.

Die Probleme dieses Falles seien anhand eines praktischen Falles erörtert:

Der Kaufmann K. in Frankfurt hat bei Kaufmann V. in Braunschweig 10 Sack Weizen bestellt. V. übersendet sie mit dem Frachtfuhrmann F. Durch eine Verwechselung auf dem Abladeplatz in Frankfurt übergibt dieser die 10 Sack seinem Geschäftsfreund C, der ebenfalls auf eine Ladung Weizen aus Braunschweig wartet und in dem Glauben, daß es sich um seinen Weizen handelt, in Empfang nimmt, abfährt und weiter veräußert.

F. ist im Sinne der obigen Ausführung als Transportperson Vertreter mit gebundener Marschroute, denn er sollte die Ware an K. ausliefern und an diesen übereignen. Da es zur Abgabe eines Einigungsangebotes keiner ausdrücklichen Erklärung bedarf, sondern eine konkludente Handlung genügt, würde F. durch die Übergabe der Ware an C. ein Einigungsangebot abgegeben haben. Er hat dieses Einigungsangebot nun aber gegenüber einem falschen Adressaten abgegeben, denn er sollte es gegenüber dem K. und nicht gegenüber dem C. abgeben. C. hat das Angebot angenommen. F. hat sich nun nicht etwa in der Person des Adressaten geirrt, denn er kannte den C. und wollte diesem C. die Ware übergeben und übereignen. F. irrte vielmehr über die Identität des Geschäftsgegenstandes, denn er glaubte, dem C. nicht die 10 Sack des V., sondern andere, für C. bestimmte Säcke zu übereignen und zu übergeben. Er irrte

¹³⁵ Müller-Freienfels, S. 72

also im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB über den Inhalt seiner Erklärung¹³⁶. Ein solches irrtümliches Fehlgehen des Vertreters könnte entweder zur Folge haben, daß das Rechtsgeschäft nach den §§ 119, 164, 166 BGB gültig, aber anfechtbar ist, oder daß es nach § 177 Abs. 1 BGB, der auch für dingliche Verträge gilt¹³⁷, schwebend unwirksam ist.

Der überwiegende Teil der Literatur¹³⁸ kommt zu dem erstgenannten Ergebnis. Er geht davon aus, daß das bürgerliche Recht auf dem Boden der Repräsentationstheorie steht, d. h. daß der Vertreter den Geschäftswillen bildet und äußert, also rechtlich relevant handelt, während die Wirkungen seines Handelns bei dem von ihm repräsentierten Vertretenen eintreten. Hätte der Verkäufer selbst den Transport durchgeführt und die für den Käufer bestimmte Ware selbst irrtümlich dem Dritten übergeben, so wäre die Eigentumsübertragung sicher wirksam, wenn auch anfechtbar gewesen. Die Repräsentationstheorie, wie sie in § 166 BGB ihren Niederschlag gefunden hat, stellt es nun entsprechend auf den Willensmangel des Vertreters ab.

Die Vertretungsmacht wird also von dem konkreten, der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Geschäft abstrahiert und als Ausfluß einer allgemeinen Repräsentation des Vertreters aufgefaßt. Nach der zitierten Meinung kommt das Geschäft bei einem Irrtum des Vertreters nach § 119 BGB jedesmal wirksam, wenn auch anfechtbar, zustande¹³⁹. Das Ergebnis dieses Abstraktionsprinzips wird auch mit dem Schutz der Rechtssicherheit begründet¹⁴⁰. Nach dieser Lehre würde eine ungewöhnliche und vom BGB durch das Abstraktionsprinzip vermiedene Unsicherheit in den Rechtsverkehr getragen werden, wenn in derartigen Fällen ein Geschäft nicht nur anfechtbar,

¹³⁶ Dazu v. Staudinger-Coing, § 119 Anm. 14
Palandt-Danckelmann, § 119 Anm. 4

¹³⁷ v. Staudinger-Coing, § 177 Anm. 7
RGZ 69, 17

¹³⁸ Siehe dazu Lehmann, S. 285
Enneccerus-Nipperdey II, § 182 II
Lange, S. 291
RGZ 82, 196

¹³⁹ v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Anm. 10

¹⁴⁰ Dazu v. Staudinger-Coing, § 167 Anm. 1 c

sondern nach § 177 Abs. 1 BGB unwirksam wäre, falls man das Verhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter, das „Handeln dürfen“, auf das von dem Vertreter mit dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft, das „Handelnkönnen“, zurückwirken ließe¹⁴¹. Danach würde also der Dritte C. Eigentum durch die Übergabe der Ware vom Frachtführer erworben haben. Der V. müßte dann – gegebenenfalls durch seinen Vertreter Transportperson – die Übereignungserklärung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten¹⁴². Es bestehen im vorliegenden Fall jedoch Bedenken gegen das Ergebnis der erwähnten Lehre. Die grundsätzliche Anerkennung der abstrakten Natur der Vollmacht entbindet nicht von der Prüfung, ob nicht im konkreten Fall die rechtsgeschäftliche Erklärung des Vertreters nach § 177 Abs. 1 BGB wegen fehlender Vertretungsmacht unwirksam ist. Die Mittelsperson F. sollte auf Grund ihres Vertrages mit dem V., der zugleich seine Bevollmächtigung umfaßt, die Ware nur dem K., nicht aber einem Dritten übereignen. Seine von V. erteilte Vertretungsmacht zur Übereignung hat also insoweit einen bestimmten Inhalt.

Welche Wirkung hat nun diese Einschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis nach außen?

Es läge ein Fall des § 177 Abs. 1 BGB vor, d. h. die Übereignung wäre schwebend unwirksam, wenn der F. in bewußter Abweichung von seiner Vertretungsmacht die Ware einem Dritten ausgehändigt hätte. Denn dann hätte er außerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt, so daß das Geschäft schwebend unwirksam wäre. Hierüber besteht Einigkeit¹⁴³.

Es scheint aber ein unlogisches Ergebnis zu sein, wenn man im Falle des Irrtums dagegen von einer vorhandenen Vertretungsmacht ausgeht, während man beim bewußten Abweichen von der erteilten Vertretungsmacht § 177 Abs. 1 BGB anwendet. Daher muß § 177 Abs. 1 BGB auch dann Anwendung finden, wenn

¹⁴¹ So bei v. Staudinger-Coing, Vorbem. zu § 164 Anm. 14

¹⁴² Siehe Lehmann, S. 293
v. Staudinger-Coing, § 166 Anm. 6

¹⁴³ Lehmann, S. 306
v. Staudinger-Coing, § 177/78 Anm. 2
Kuhn in RGRK zum BGB, Vorbem. zu § 164 Anm. 4
Krüger-Nieland in RGRK zum BGB, Vorbem. zu § 119 Anm. 5

der Vertreter die Grenzen einer bestimmten Vollmacht unbe-
 wußt überschreitet¹⁴⁴. Die Frage des Irrtums kann also in sol-
 chen Fällen gar nicht mehr von Bedeutung sein, wenn der Ver-
 treter außerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht handelt¹⁴⁵.
 Dieses Problem stellt sich natürlich nur bei der in ihrem Inhalt
 wechselnden gewillkürten Vertretungsmacht; der gesetzliche
 Vertreter oder das Organ einer juristischen Person hat um-
 fassende Vertretungsmacht in dem von Gesetz und Satzung ge-
 stellten Rahmen. Wenn einer dieser „Universalvertreter“ irrt,
 treten die Wirkungen des Irrtums in der Person des Vertreten-
 den ein: Das Geschäft ist anfechtbar. Aber auch bei diesen
 „Universalvertretern“ ist zu beachten, daß ihr Handeln unter
 § 177 ff. BGB fällt, wenn es sich um gänzlich machtloses Han-
 deln oder nur bloßes Überschreiten der Vollmacht, sei es be-
 wußtes, sei es unbewußtes, handelt¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Palandt-Danckelmann, §§ 177, 178 Anm. 1
 v. Staudinger-Coing, §§ 177, 178 Anm. 3
 Lehmann, S. 306
 BGH in NJW 1954, 145

¹⁴⁵ Zu diesem Ergebnis kommt insbesondere Müller-Freienfels (S. 45, 70
 und 211), da nach seiner Ansicht Bevollmächtigung und rechts-
 geschäftliches Handeln des Vertreters eine Einheit bilden, die als
 Gesamtatbestand anzusehen ist, wobei ein Tatbestandsmerkmal die
 Bevollmächtigung und das andere das Geschäft mit dem Dritten ist.
 Daher ist die Überschreitung der Vollmacht ein Handeln außerhalb
 dieses Tatbestandes und kann keine vertretende Wirkung herbei-
 führen. Denn die angestrebte Rechtsfolge unterbleibt infolge des
 rechtlichen „Nichtkönnens“ des Vertreters.

Selbst wenn man im übrigen mit der herrschenden Lehre – siehe
 besonders Kuhn in RGRK zum BGB § 164 Anm. 1 – nach außen
 hin, abstrakt von der Bevollmächtigung, nur den Willen und die
 Erklärung des Vertreters für maßgebend erachtet, so kann man
 doch eine Wirkung der Weisungen des Vollmachtgebers nach außen
 hin nicht ablehnen. Denn diese Weisungen bestimmen die Grenze
 der Vollmacht und müssen auch im Außenverhältnis, also zwischen
 Vertreter und Dritten, dann Beachtung finden, wenn der Vertreter
 diese Grenzen der Vollmacht nicht mehr einhält. Es muß aber ge-
 nügen, daß der Vertreter seine Vollmacht objektiv überschreitet, ob
 es bewußt oder unbewußt geschehen ist, kann nur eine Frage seiner
 eigenen Schuld und damit seines eigenen Einstehens für etwa ent-
 standenen Schaden sein.

¹⁴⁶ Palandt-Danckelmann, § 177, 178 Anm. 1
 BGHZ in NJW 1954, 145

Handelt es sich aber um eine gewillkürte, gar eng begrenzte Stellvertretung, so ist immer erst der Umfang der Vollmacht festzustellen¹⁴⁷.

Handelt der Vertreter im Rahmen dieser Vollmacht und irrt er dabei, so ist das Geschäft nach § 166 Abs. 1 BGB auf Grund seines Irrtums gültig, aber anfechtbar. Irrt er außerhalb seiner Vollmacht, so liegt § 177 Abs. 1 BGB vor.

Dies mag auch folgendes Beispiel klarmachen:

A. hat von B. Vollmacht, seinen Volkswagen zu verkaufen, Infolge bewußter oder unbewußter Überschreitung seiner Kompetenz veräußert er den Opel des B. Das Geschäft ist nicht etwa anfechtbar, sondern nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Durfte A. aber nach eigenem Ermessen einen der beiden Wagen verkaufen und verwechselte dabei die vereinbarten Preise, so ist dieses Geschäft nur nach § 166 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 119 BGB anfechtbar.

In unserem Beispielsfall konnte sich der Dritte C. auch nicht etwa auf den Rechtsschein einer Vollmacht des F. berufen. Denn ein Dritter kann nur dann nach Treu und Glauben annehmen, daß der Vertretene das Handeln seines Vertreters kennt und duldet, wenn er selbst Geschäftsgegner des Vertretenen ist, der ihm gegenüber den Vertreter mit dem Schein einer Vollmacht ausgestattet hat.

Auch der Grundsatz der Rechtssicherheit steht der Richtigkeit dieser Entscheidung nicht entgegen. Jeder, der auf die Vollmacht – und hierzu gehört auch der Umfang der Vollmacht – eines gewillkürten Vertreters vertraut, handelt auf eigene Gefahr, denn der gute Glaube an die Vertretungsmacht wird nicht geschützt. Es wäre lebensfremd, von einer abstrakten unbeschränkten Vertretungsmacht als Normalfall auszugehen; schon gefühlsmäßig wird jedermann glauben, auf eigene Gefahr zu handeln, bis er sich vom Umfang der Vollmacht überzeugt hat. Wenn der Umfang der Vollmacht, die der Geschäftsherr dem Vertreter verliehen hat, dem Dritten nicht erkennbar ist, kann und muß er eine Klärung herbeiführen, um für sich Rechts-

¹⁴⁷ v. Staudinger-Coing, § 167 Anm. 13 und 14
Kuhn in RGRK, § 164 Anm. 1
Müller-Freienfels, S. 211

nachteile bei einer Überschreitung der Vollmacht zu vermeiden¹⁴⁸.

Entsprechend ist die Entscheidung in dem erwähnten praktischen Fall zu fällen. Die Transportperson F. hatte keine Vertretungsmacht, die Ware an einen Dritten zu übereignen. Wenn sie eine Übereignungserklärung an einen Dritten irrtümlich abgibt, handelt sie außerhalb ihrer Vertretungsmacht und ist ebenso zu behandeln, wie wenn sie die Übereignungserklärung an einen falschen Adressaten bewußt abgegeben hätte. Die Übereignung an den Dritten wäre gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam.

Wir kommen daher abschließend zu dem Ergebnis:

Erstens: die Transportperson handelt als Vertreter des Verkäufers bei der Einigung.

Zweitens: ihre Vollmacht ist durch den Inhalt des Frachtvertrages und eventuell besondere Anweisungen beschränkt.

Drittens: sie kann dann kein wirksames Einigungsangebot abgeben, wenn sie die Grenzen ihrer Vollmacht bewußt oder unbewußt überschreitet.

7. Das Einigungsangebot bedarf der Annahme durch den Käufer. Dieses wird in der Regel bei der Ablieferung durch die Transportperson in Gestalt der Abnahme durch den Käufer durch schlüssige Handlungen erklärt werden, wobei es erforderlich ist, daß der Annahmewillen des Verkäufers erkennbar zum Ausdruck kommt¹⁴⁹. Dabei ist allerdings zu beachten, daß das Wort „Annahme“ hier eine doppelte Bedeutung hat. Einmal nimmt der Käufer die Ware an und zum anderen erklärt er die Annahme des Einigungsangebotes. Die Annahme der Ware –

¹⁴⁸ Besonders BGHZ in NJW 1954, S. 146

¹⁴⁹ Siehe dazu Rundnagel, S. 159/160
Johannsen in RGRK zum BGB § 929 Anm. 37 und 39
RGZ 64, 145/146
RGZ in JW 1924, S. 677
Mosse-Heymann, § 366 Anm. 2
Palandt-Hoche, § 929 Anm. 2 a
Dieckhoff, S. 58
Frommer, S. 82

also die entsprechende Gegenhandlung zur Ablieferung durch die Transportperson – setzt insbesondere die Rügefrist des § 377 HGB in Lauf; sie ist aber nicht denkbildend eine gleichzeitige Annahme des Einigungsangebotes. Denn der Käufer könnte das Gut grundsätzlich zunächst nur abnehmen, um seiner Abnahmepflicht zu genügen und die Ware auf ihre Vertragsmäßigkeit zu prüfen. Zudem besteht hier ein wichtiger Handelsbrauch, wonach der Käufer erst dann den Kaufpreis zu zahlen braucht, wenn die Ware bei ihm eingetroffen ist und er ausreichende Gelegenheit hatte, sie auf Mängel zu prüfen¹⁵⁰. Das Eigentum erwirbt er, wenn er darüber hinaus seinen Erwerbswillen ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln kundgibt¹⁵¹.

8. Umstritten ist nun die Frage, welche rechtlichen Folgen sich ergeben, wenn der Käufer die Rügefrist des § 377 HGB versäumt, aber aus den Umständen hervorgeht, daß er seinen Willen zum Erwerb des Eigentums nicht erklären wollte.

Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung¹⁵² entscheidet dahingehend, daß bei verspäteter Mängelrüge die Ware gemäß § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gilt. Diese Genehmigung sei eine sogenannte unechte Willenserklärung, bestehend in einer vom Gesetz als Fiktion angenommenen Auslegung des Verhaltens. Daher gehe das Eigentum durch die im Verlust der Mängelrüge liegende Genehmigung über.

Diese Ansicht wird jedoch von der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung¹⁵³ aus folgenden Gründen abgelehnt:

Die Abnahme von der Transportperson deute nur auf die Absicht des Käufers, seiner Abnahmepflicht zu genügen und die

¹⁵⁰ Rabel, Warenkauf I, S. 129

¹⁵¹ So auch Johannsen in RGRK zum BGB § 929 Anm. 39
Wolff-Raiser, § 66, 4b

¹⁵² Siehe Mosse-Heymann, § 377 Anm. 1
Krückmann in JW 1924, S. 676
OLG Hamburg in LZ 1921, 562

¹⁵³ v. Staudinger-Berg, § 929 Anm. 37
Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 173
Sarfert, S. 29/30
RGZ in JW 1924, 677
RGZ 108, 27
RGZ in SA 50, Nr. 260 = S. 423

Ware zu prüfen. Wenn aus den Umständen zu schließen sei, daß der Käufer auch durch schlüssige Handlungen kein Eigentum erwerben wollte, so könne er trotz Verlustes der Mängelrüge kein Eigentum erwerben. Daran ändere auch die aus § 377 HGB fingierte Genehmigung nichts, da § 377 HGB nur Grundsätze schuldrechtlicher Art aufstelle und auf die dinglichen Wirkungen keinen Einfluß habe.

Auch wir sind der Ansicht, daß § 377 HGB eine Sondervorschrift des Handelskaufes ist, die nur in die schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien eingreift, wobei dem Käufer die Last einer unverzüglichen Mängeluntersuchung auferlegt wird. Tut er dies nicht, so gilt die Ware in ihrer vertragsmäßigen Beschaffenheit als genehmigt. Das bedeutet aber nur, daß der Käufer sich nicht mehr gegenüber der Kaufpreisforderung auf die Mängelrüge berufen kann. Außer acht bleiben kann daher die früher umstrittene Frage, ob und inwieweit § 377 HGB die Gewährleistungsansprüche des BGB beschränkt. Auf den Eigentumsübergang hat § 377 HGB jedoch keinen Einfluß. So kann das Eigentum bereits mit der Ablieferung durch die Transportperson auf den Käufer übergehen, trotzdem kann er noch rechtzeitig die Mängel rügen und die Kaufpreiszahlung verweigern. Demgegenüber ist gerade bei einer verspäteten Mängelrüge im Zweifel stets darauf zu schließen, daß der Käufer nicht den Willen hatte, Eigentum zu erwerben¹⁵⁴. § 377 HGB kann daher trotz seiner gesetzlichen Fiktion einem abweichenden Eigentumserwerbswillen des Käufers nicht im Wege stehen¹⁵⁵.

Dieses Ergebnis wird auch durch den Wortlaut des § 377 HGB bestätigt. Man kann zwar die vertragsmäßige Beschaffenheit einer Ware „genehmigen“, ein Einigungsangebot aber kann nur angenommen oder abgelehnt werden.

9. Abschließend ist daher festzustellen, daß der Käufer dann Eigentümer der übersandten Ware wird, wenn sie ihm von der Transportperson übergeben wird, diese als Vertreter des Verkäufers das Einigungsangebot erklärt und er dieses Angebot auf Grund seines ausdrücklich oder durch konkludente Handlung erklärten Erwerbswillens annimmt.

¹⁵⁴ So auch Würdinger in RGRK zum HGB, Vorbem. zu § 373 Anm. 173

¹⁵⁵ RGZ 108, 28
Siegel, S. 14

D. Rechtsvergleichung

I. Einleitung

Bereits eingangs wurde festgestellt, daß der grenzüberschreitende Versendungsverkehr im Zeichen der internationalen Marktzusammenschlüsse ständig an Bedeutung zunimmt. Ein umfangreicher Abbau von Handelsschranken in der westlichen Welt ist in vollem Gange. Das Endziel ist ein gemeinsamer Markt, der insbesondere in Europa immer festere Formen annimmt. Der Warenverkehr von Land zu Land wird sich also vervielfachen.

Es soll daher im folgenden untersucht werden, wie die bedeutenden Handelspartner Deutschlands im europäischen Raum die Probleme des Gefahr- und Eigentumsüberganges beim Versendungskauf regeln. Hierbei unterscheiden sich die einzelnen Rechtsordnungen hauptsächlich dadurch voneinander, ob sie beim Übergang des Eigentums – und damit generell auch der Gefahr – dem Vertrags- oder Traditionsprinzip folgen. Beim ersteren genügt für den Eigentums- und Gefahrübergang die Willenseinigung der Parteien, meist also der Abschluß des Kaufvertrages, beim letzteren ist zusätzlich die Übergabe der Sache erforderlich. Dem Vertragsprinzip unterliegen im wesentlichen die Rechtsordnungen Englands und des romanischen Rechtskreises, dem Übergabeprinzip folgen die Rechtsordnungen Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, während der skandinavische und niederländische Rechtskreis Sonderstellungen einnehmen.

II. Die Rechtssysteme des Vertragsprinzips

1. Das französische, luxemburgische, belgische und italienische Recht.

Von den Rechtssystemen des Vertragsprinzips muß an erster Stelle der romanische Rechtskreis genannt werden, da in seinen

Rechtsordnungen die Grundsätze dieses Prinzips am deutlichsten hervorgehoben werden. Da alle die Rechtsordnungen den Code Napoleon übernommen haben oder ihre Kodifikation auf ihm aufbauen, genügt es, wenn die einschlägigen Vorschriften des Code Civil Frankreichs angeführt werden.

Nach Art. 1583 CC¹ geht das Eigentum allein mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über, gleichgültig, ob die Sache geliefert oder der Kaufpreis gezahlt ist. Es genügt die Perfektion des Kaufvertrages, einer besonderen Übertragungshandlung bedarf es nicht². Es muß sich dabei jedoch um Speziessachen handeln, da Gattungswaren zuvor der Konkretisierung bedürfen, von deren Besonderheiten unten zu sprechen sein wird.

Die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung geht bei Speziessachen nach dem Grundsatz „res perit domino“ ebenfalls mit Kaufabschluß auf den Käufer über, Art. 1138 CC³; besondere Regelungen für den Versandungskauf von Speziessachen müssen bei der strengen Durchführung des Konsensprinzips von vornherein ausscheiden⁴. Anders ist es jedoch beim Kauf von Gattungswaren. Die Konkretisierung

¹ Art. 1583 CC: „Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.“ Der Grundsatz Eigentumsübergang mit Vertragsabschluß ist bereits in Art. 711 CC unter den Eigentumserwerbsarten und bei der „obligation de donner“ in Art. 1138 CC angeführt und in Art. 1583 CC für den Kaufvertrag nur noch einmal speziell wiederholt.

² Siehe dazu Heinsheimer, Code Civil, Anm. zu Art. 1583 v. Caemmerer, „Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergabe“ in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 679
Friedrich in Rvgl. HWB, Bd. 6, S. 618

³ Art. 1138 CC: „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.
Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.“

⁴ Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin
„Kaufvertrag“ in Rvgl. HWB, Bd. 4, S. 744

von Gattungswaren ist nach romanischer Lehre⁵ entgegen unserer Ansicht ein zweiseitiger Akt, der das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber erfordert, die sogenannte „individualisation contradictoire“⁶. Der Käufer kann jedoch seine Zustimmung schon bei Abschluß des Kaufvertrages erteilen; es genügt dann, wenn der Verkäufer entsprechend den Vereinbarungen alles seinerseits Erforderliche tut. Diese Zweiseitigkeit der Aussonderung fordert die romanische Lehre auch beim Versendungskauf, wird aber dabei gezwungen, die Teilnahme des abwesenden Käufers zu fingieren. Man löst das Problem dahingehend, daß die Transportperson dann als Vertreter des Käufers bei der „individualisation contradictoire“ angesehen wird, wenn der Verkäufer nach übereinstimmendem Parteiwillen die Versendung der bestellten Ware durchführen und einen Transporteur beauftragen soll. Im Augenblick der Auslieferung der Ware an diesen Transporteur erfolgt dann die zweiseitige Konzentration, und Eigentum und Gefahr gehen auf den abwesenden Käufer über⁷. Versendet jedoch der Verkäufer einseitig ohne Kenntnis des Käufers die Ware an diesen, so fehlt es an einer „individualisation contradictoire“, und die Konzentration tritt erst mit der Übergabe der Ware an den Käufer ein. Eine Ausnahme hierzu bildet die italienische Lehre, die sich bei Versendungskäufen von Gattungswaren von der Fiktion der Zweiseitigkeit ganz gelöst hat und für den Eigentums- und Gefahrübergang die Aushändigung der für den Käufer bestimmten Ware an einen Transporteur genügen läßt⁸.

⁵ Siehe dazu v. Caemmerer, „Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung“ in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 690
Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin
„Kaufvertrag“ in Rvgl. HWB, Bd. 4, S. 743

⁶ Waelbroeck, S. 24
Lagergren, S. 126

⁷ Waelbroeck, S. 29
Friedrich, „Übereignung“ in Rvgl. HWB, Bd. 6, S. 619
Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin
„Kaufvertrag“ in Rvgl. HWB, Bd. 4, S. 744

⁸ v. Caemmerer, „Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung“ in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 690
Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin
„Kaufvertrag“ in Rvgl. HWB, Bd. 4, S. 744

Somit führt die beim Gattungskauf erforderliche Konkretisierung zur Angleichung der Regelung des Gefahrüberganges im Traditions- und Konsensprinzip. Das praktische Ergebnis läßt die großen dogmatischen Unterschiede soweit zusammenschrumpfen, daß hier ohne Übertreibung von einer für beide Systeme gemeinsamen Regelung des Gefahrüberganges beim Versendungskauf von Gattungswaren gesprochen werden kann.

2. Das englische Recht

Der Übergang von Eigentum und Gefahr beim Kauf nach englischem Recht ist in dem Sale of Goods Act 1893 geregelt. Da die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung⁹ in der Regel zugleich mit dem Eigentum auf den Käufer übergeht¹⁰, kann sich die folgende Erörterung im wesentlichen auf den Eigentumsübergang beim Versendungskauf beschränken. Maßgebend für die Übereignung ist nach dem Sale of Goods Act die Parteiabsicht, denn es gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit¹¹, d. h. der Zeitpunkt der Übereignung liegt im Belieben der Partei¹², zumal das englische Recht keine Abstraktheit der dinglichen Rechtsänderung kennt und somit im Gegensatz zu unserem Recht ein besonderer dinglicher Vertrag nicht erforderlich ist. Daher geht auch mit dem Besitz der Sache

⁹ Curti, S. 139
Schirrmeister-Prochownick · II, S. 322
Gauly, S. 21

¹⁰ s. 20 r 1 SGA:
„Unless otherwise agreed, the goods remain at the sellers risk until the property therein is transferred to the buyer, but when the property therein is transferred to the buyer, the goods are at the buyers risk wether delivery has been made or not.“
Curti, S. 139
Gauly, S. 21

¹¹ s. 17 SGA:
„Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred.“
Rabel, Warenkauf I, S. 30
Curti, S. 131

¹² Sachs, S. 17
Gauly, S. 21

keineswegs gleichzeitig das Eigentum auf den Käufer über, da der Besitzübergang nur als offenkundiges Indiz für den Eigentumserwerb des Käufers angesehen wird¹³. Der Sale of Goods Act enthält nun in section 18 eine Vermutung¹⁴, wann im Normalfall das Eigentum und damit auch die Gefahr auf den Käufer übergeht, wobei zwischen Spezieskauf (sale of specific goods) und dem Kauf von Gattungswaren (sale of unascertained or future goods) unterschieden wird.

Nach s 18 r 1 SGA¹⁵ geht das Eigentum beim Kauf von Speziesachen unabhängig von der Kaufpreiszahlung oder der Lieferung mit Vertragsabschluß auf den Käufer über¹⁶. Die Regel des SGA s 18 r 1 findet jedoch keine Anwendung bei einem Versendungskauf. Der Verkäufer ist zwar nicht verpflichtet, die Ware an den Käufer zu senden; es besteht aber der Handelsbrauch, daß der Verkäufer die Ware zur Absendung zu bringen hat, wenn der Käufer an einem anderen Ort wohnt¹⁷. Seine Verpflichtung besteht dann in der Auswahl des Frachtführers oder Spediteurs, es sei denn, der Käufer hat diesen selbst benannt, und in der Übergabe der Ware an diese Transportperson zur Übersendung an den Käufer. Erst wenn der Verkäufer diese Verpflichtung durch Übergabe der Ware an den Frachtführer erfüllt hat, gehen Eigentum und Gefahr auf den Käufer über, da die englische Lehre der Ansicht ist, daß die Parteien in den Fällen von Versendungskäufen den Gefahr- und Eigentumsübergang abweichend von s 18 r 1 SGA erst auf diesen Zeit-

¹³ Curti, S. 131

Schirrmeister-Prochownick II, S. 303

¹⁴ Rabel, Warenkauf I, S. 30

Gottheiner, S. 357 Anm. 1 in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg.

¹⁵ s 18 r 1 SGA:

„Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state, the property in the goods passes to the buyer, when the contract is made and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery or both be postponed.“

¹⁶ Laagergren, S. 86

¹⁷ Schirrmeister-Prochownick II, S. 328

punkt festlegen wollen¹⁸. Zudem bewirkt der Verkäufer in dem Augenblick der Auslieferung der Ware an den Frachtführer eine der Hauptpflichten aus dem Vertrage, die Pflicht zur Lieferung (delivery)¹⁹, da im Falle eines Versendungskaufes die delivery an den Frachtführer als delivery an den Käufer selbst gilt, s 32 r 1 SGA²⁰. Die englische Lehre²¹ folgert daraus, daß der Frachtführer als Vertreter des Käufers anzusehen ist, auch wenn der Verkäufer den Frachtvertrag mit der Transportperson abschließt, da der Verkäufer dann nur als „agent“ des Käufers handelt, und der Käufer somit Vertragspartei des Frachtvertrages wird.

Gleiches gilt auch beim Kauf von Genussachen.

¹⁸ Schirrmeister-Prochownick II, S. 320/321 mit weiteren Zitaten, auch S. 337

Curti, S. 127

Gottheiner, S. 359 in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg.

besonders auch Schmitthoff, S. 70

„Where the goods have to be sent to buyer the intention of the parties often differs from the presumed by rules 1 and 2 which in that event are inapplicable. If no bill of lading is issued the parties will often intend that delivery to the carrier shall pass the property ...“

¹⁹ s 62 SGA:

„Delivery means voluntary transfer of possession from one person to another.“

²⁰ s 32 r 1 SGA:

„Where, in the pursuance of a contract of sale, the seller is authorised or required to send the goods to the buyer, delivery of the goods to a carrier, whether named by the buyer or not, for the purpose of transmission to the buyer is prima facie deemed to be a delivery of the goods to the buyer.“

Schirrmeister-Prochownick II, S. 337

Curti, S. 127

²¹ Schirrmeister-Prochownick II, S. 558, mit weiteren Zitaten

Chalmers, S. 75/76:

„... the carrier becomes the agent of the vendee, and such a delivery amounts to a delivery to the vendee, and if there is a binding contract between the vendor and the vendee... then there is no doubt that the property passes by such delivery to the carrier.“

Hier enthält s 18 r 5,1 SGA²² die Vermutung, wann im Normalfall beim Kauf von Gattungssachen nach dem Willen der Parteien das Eigentum auf den Käufer übergeht. Gattungswaren müssen zum Eigentumsübergang zunächst spezialisiert werden (ascertained). Das ascertainment für sich bewirkt aber noch nicht den Eigentumsübergang²³, vielmehr erwirbt der Käufer das Eigentum erst dann, wenn die ausgesuchten Waren vom Verkäufer ausschließlich für ihn bestimmt werden (unconditionally appropriated to the contract) und der Käufer dieser appropriation zustimmt²⁴. Für den Fall des Versendungskaufes trifft nun s 18 r 5,2 SGA eine Sonderregelung²⁵. Hiernach genügt es für den Eigentums- und damit auch Gefahrübergang, daß der Verkäufer die Ware dem Frachtführer oder einer anderen Transportperson übergibt und sich keine weiteren Verfügungsrechte mehr vorbehält²⁶.

Der Transporteur stimmt hier als Vertreter des Käufers der appropriation des Verkäufers zu, so daß die Auslieferung der Ware an die Transportperson zur Übermittlung an den Käufer den Eigentumsübergang zur Folge hat²⁷.

²² s 18 r 5, 1 SGA:

„Where there is a contract for the sale of unascertained or future goods by description and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract either by the seller with the assent of the buyer, or by the buyer with the assent of the seller the property in the goods thereupon passes at the buyer. Such assent may be express or implied, and may be given either before or after the appropriation is made.“

²³ Sachs, S. 20

Eisser, S. 19

Rabel, Warenkauf II, S. 316

²⁴ Besonders Gauly, S. 22

²⁵ s 18 r 5, 2 SGA:

„Where, in the pursuance of the contract the seller delivers the goods to the buyer or to a carrier or other bailes (or custodier) (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer and does not reserve the right of disposal, he is deemed to have unconditionally appropriated the goods of the contract.“

²⁶ Eisser, S. 19

Sachs, S. 21

²⁷ Schirrmeister-Prochowick II, S. 558

Curti, S. 133

Gottheiner, S. 359, in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß nach englischem Recht Gefahr und Eigentum beim Versendungskauf mit Übergabe der Ware seitens des Verkäufers an die Transportperson auf den Käufer übergehen. Insoweit nähert sich das englische Recht im Ergebnis denjenigen Rechten, die dem Übergabeprinzip folgen, denn nach beiden Rechtsordnungen geht die Gefahr beim Versendungskauf mit Übergabe der Ware an die Transportperson auf den Käufer über²⁸. Wie im romanischen Rechtskreis fallen bei Versendungskäufen von Gattungswaren die Unterschiede zwischen Konsens- und Traditionsprinzip weitgehend weg.

III. Die Rechtssysteme des Traditionsprinzips

1. Das österreichische Recht

Das Eigentum geht nach dem Recht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches²⁹ über, wenn Übergabe und Übernahme in Willensübereinstimmung vorliegt.

Darüber hinaus ist im Gegensatz zu unserem Recht ein gültiger Titel erforderlich³⁰.

Das österreichische Recht regelt den Gefahrübergang unter Anwesenden ebenso wie § 446 BGB, die Gefahr geht mit der

²⁸ Rabel, Warenkauf II, S. 318

²⁹ § 423: Sachen, die schon einen Eigentümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigentümer auf einen anderen übergehen.

§ 424: Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Verträge...

§ 425: Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt können, außer in den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden.

³⁰ § 424 ABGB

Friedmann-Sandig-Wach, S. 451/452, bestimmen den Begriff des Titels dahingehend:

„Der Wille, Eigentum zu übertragen, muß einen inneren Grund haben. Diesen Grund nennt man Titel. Er ist nur ein persönliches Recht des aus demselben Berechtigten gegen den Verpflichteten.“

Ehrenzweig I, 2, § 206 I, besonders Anm. 4 mit weiteren Zitaten

Rabel, Warenkauf I, S. 28

Gauly, S. 12

Übergabe der Ware auf den Käufer über (§ 1051 ABGB). Dagegen enthält das ABGB im Gegensatz zum BGB keine dem § 447 BGB entsprechende Regelung für den Versendungskauf³¹.

Hierauf findet vielmehr eine Sonderregelung, die das ABGB für die „Übergabe unter Abwesenden“ getroffen hat, Anwendung, § 429 ABGB³². Diese Vorschrift, die unter den Vorschriften des Eigentumsüberganges aufgeführt ist, regelt gleichzeitig den Gefahrübergang unter Abwesenden, da sie bestimmt, wann die Übergabe unter Abwesenden erfolgt³³. Nach dem Wortlaut erfolgt die Übergabe unter Abwesenden erst mit Empfang durch den Käufer. Nur wenn die Versendung von ihm selbst bestimmt oder vom Verkäufer vorgenommen und von ihm genehmigt wird, gehen Eigentum und Gefahr schon früher auf den Käufer über. Man nimmt nun im allgemeinen an, daß der Käufer bei Käufen unter Abwesenden mit einer Versendung der Ware durch den Verkäufer einverstanden ist und Gefahr und Eigentum im Moment der Auslieferung der Ware an die Transportperson übergehen³⁴.

Die Ausnahme wird damit zur Regel³⁵.

Im Gegensatz zum allgemeinen bürgerlichen Recht enthält jedoch das Handelsrecht konkrete Bestimmungen über die Gefahrtragung beim Versendungskauf. Österreich hat 1938 das deutsche Handelsrecht übernommen und außerdem § 447 Abs. 1 und 2 BGB durch Art. 8 Nr. 20 Abs. 1 und 2 der 4. Einführungsverordnung dem Recht des Handelskaufes hinzugefügt³⁶. Im Bereich des Handelsrechts geht daher die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung beim Kauf

³¹ Kreller, S. 355
Eisser, S. 8

³² § 429 ABGB:
„In der Regel werden überschickte Sachen erst für übergeben gehalten, wenn sie der Übernehmer erhält; es wäre denn, daß dieser die Überschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte.“

³³ Gauly, S. 10
Sarfert, S. 3

³⁴ Ehrenzweig I, 2, § 206 III
Gauly, S. 11

³⁵ Klang, § 429 Anm. 3

³⁶ Hämmerle, S. 1001

unter Abwesenden auf den Käufer über, wenn der Verkäufer an die Transportperson übergibt. Da sich der Gefahrübergang hier also unabhängig von dem Eigentumsübergang vollzieht, besteht auch keine Notwendigkeit, zum Zwecke einer interessengerechten Regelung der Gefahrtragung den Eigentumsübergang mit Hilfe einer tatsächlichen oder unterstellten Genehmigung des Käufers bei der Übergabe an die Transportperson zu konstruieren.

Während der Gefahrübergang somit eine klare, der unseren entsprechenden Regelung gefunden hat, bietet die restliche Konstruktion des Eigentumsüberganges nach § 429 ABGB ähnliche Schwierigkeiten wie sie oben bei den Erläuterungen zu I, 11 § 128 ALR erwähnt wurden, da § 429 ABGB dieser Bestimmung nachgebildet wurde. Offenbar gingen die Väter des ABGB davon aus, daß die Transportperson in der Regel Vertreter des Erwerbers sei³⁷. Dann allerdings ergäben sich gegen einen Eigentumsübergang durch Übergabe an die Transportperson keine Bedenken, da die Transportperson als Stellvertreter des Käufers für diesen Besitz und Eigentum erwerben könnte. Ein Teil der Lehre ist daher der Auffassung, daß in dem Falle des § 429 ABGB eine Stellvertretung der Transportperson kraft Gesetzes für den Käufer angenommen werden müßte³⁸.

Angesichts der Tatsache, daß nur ein Vertragsverhältnis zwischen Absender und Mittelsperson, nicht aber zwischen Mittelsperson und Empfänger besteht³⁹, ist eine solche Stellvertretung kraft Gesetzes kaum zu begründen. Die überwiegende Lehre⁴⁰ ist deshalb aus den gleichen Gründen, aus denen sich für den Bereich des deutschen Rechts und des § 477 BGB eine Stellvertretung der Transportperson für den Verkäufer ergibt, der

³⁷ Klang, § 429 Anm. 3
Ehrenzweig II, 1, § 176 II

³⁸ Friedmann-Sandig-Wach, S. 453
Sarfert, S. 3/4
Eisser, S. 8

³⁹ Klang, § 314/315 Anm. II, 5

⁴⁰ Ehrenzweig I, 2, § 176 II
Wolff, S. 227
Klang, § 314/315 Anm. II, 5

Ansicht, daß die Transportperson nur Vertreter des Verkäufers sein kann. Man hat sich viel Mühe gegeben, um trotzdem den Eigentumsübergang theoretisch einwandfrei zu konstruieren. Die eine – etwas gewaltsame – Lösung nimmt entsprechend den früheren Theorien zu I, 11 § 128 ALR einen Eigentums- und Besitzübergang auf Grund einer gesetzlichen Fiktion an (*traditio ficta*)⁴¹. Die herrschende Lehre⁴² nimmt dagegen an, daß der Verkäufer bei der Übergabe der Kaufsache an die Transportperson nicht im eigenen Namen, sondern auf Grund des Vertrages über den Versendungskauf als Bevollmächtigter des Käufers handle. Als solcher bestelle er wiederum die Transportperson zum Vertreter des Käufers, die dann für den Käufer Besitz und Eigentum erwerbe. Diese Lösung ist zwar recht gekünstelt, aber logisch folgerichtig, zumal diese Konstruktion der Vertretungsmacht – wie wir gesehen haben – auch im englischen Recht bei der appropriation von Gattungswaren und besonders bei der „delivery“ von Speziessachen angewendet wird⁴³.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nach der Praxis des österreichischen Rechts Gefahr und Eigentum mit der Übergabe an die Transportperson übergehen. Hierdurch ergibt sich die auf den ersten Blick befremdende Folge, daß der Absender die Rechte aus § 433 HGB behält, obwohl der Empfänger bereits Eigentümer ist. Auch wenn die Rechte aus § 433 HGB nur obligatorischer Natur sind⁴⁴, bietet diese Regelung, die allerdings in der Praxis keine Schwierigkeiten macht, der rechtstheoretischen Erläuterung ein nicht leicht zu lösendes Problem.

2. Das schweizerische Recht

a) Der Gefahrübergang

Nach schweizerischem Recht geht die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über, Art. 185

⁴¹ Besonders Rabel, *Warenkauf I*, S. 177

⁴² Ehrenzweig I, 1, § 206 III
Entsch. Glunf XII, Nr. 4856

⁴³ Dazu eingehend v. Caemmerer in *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 12. Jahrg., S. 691

⁴⁴ Klang, § 429 Anm. 3

Abs. 1 OR⁴⁵. Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer die gekaufte Sache zum Käufer versendet. Wenn es sich um eine Speziessache handelt, ist der Vertragsabschluß das einzige Erfordernis des Gefahrüberganges⁴⁶. Anders ist es jedoch bei Gattungssachen. Werden diese an den Käufer versandt, so geht die Gefahr erst mit der Ausscheidung und Abgabe an eine Transportperson zur Versendung über, Art. 185 Abs. 2 OR. Ausscheidung und Abgabe zur Versendung werden dabei in der Regel zusammenfallen, denn die Ausscheidung wird spätestens mit der Abgabe an eine Transportperson zur Versendung erfolgen⁴⁷. Die Abgabe zur Versendung erfolgt in dem Zeitpunkt, in dem die Ware aus dem Gewahrsam des Verkäufers in den des Transportmittlers übergeht⁴⁸. Die Lehre⁴⁹ fordert dabei, daß dieser Transportmittler ein *selbständiger* Frachtführer sein müsse. Zwar erfülle der Verkäufer mit der Versendung nur eine Nebenpflicht des Kaufvertrages⁵⁰, so daß an sich auch die Gefahr vom Käufer zu tragen sei, wenn der Verkäufer die Ware durch eigene Leute übersendet. Der Gesetzestext spreche ausdrücklich vom „Abgeben zur Versendung“, erfordere also eine Übersendung durch fremde Transportpersonen. Zudem müßte der Verkäufer bei einer Versendung durch eigene

⁴⁵ Art. 185 OR:

„Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit Abschluß des Vertrages auf den Erwerber über.

Ist die veräußerte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muß sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben werden.“

⁴⁶ Becker in Berner Kommentar, Bd. VI Art. 185 OR Anm. 3

⁴⁷ Rabel, Warenkauf II, S. 311

Becker in Berner Kommentar, Bd. VI Art. 185 OR Anm. 6

Oser, Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2 Art. 185 OR Anm. 10

⁴⁸ Oser, Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2 Art. 185 OR Anm. 10

⁴⁹ Becker in Berner Kommentar, Bd. VI Art. 185 OR Anm. 9

Oser, Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2 Art. 185 OR Anm. 10

⁵⁰ Becker in Berner Kommentar, Bd. VI Art. 189 OR Anm. 1

Oser, Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 2 Art. 184 OR Anm. 37

Leute für *jede* Schadensverursachung haften⁵¹, und Art. 185 Abs. 2 OR wäre überflüssig. Für Schäden, die durch einen selbständigen Frachtführer verursacht werden, haftet er dagegen nicht, da dieser nicht zu den durch Art. 101 Abs. 1 OR bestimmten Hilfspersonen zählt, so daß in diesen Fällen die besondere Regelung der Gefahrtragung gemäß Art. 185 Abs 2 OR ihren Sinn erhält.

b) Der Eigentumsübergang

Nach dem Recht des schweizerischen Zivilgesetzbuches⁵² geht das Eigentum mit der Übergabe der Sache in Willensübereinstimmung auf den Erwerber über⁵³. Die Übergabe unter Abwesenden ist dabei besonders geregelt, Art. 923 ZGB⁵⁴. Bei einem Versendungskauf wird der Käufer demgemäß genau wie in unserem Recht Besitzer und bei bestehender Einigung auch Eigentümer, wenn er die Sache am Bestimmungsort übergeben erhält.

Er kann aber schon dann Besitzer werden, wenn die Transportperson in seinem Auftrage die Versendung durchführt und für ihn bei der Auslieferung der Ware durch den Ver-

⁵¹ Art. 101 Abs. 1 OR:

„Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugter Weise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen, Arbeiter oder Angestellte, vornehmen läßt, hat dem anderen den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung verursacht.“

Rabel, Warenkauf I, S. 119

⁵² Art. 714 ZGB:

„Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.“

Art. 922 ZGB:

„Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst, oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. Die Übergabe ist vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben.“

⁵³ Ostertag in Berner Kommentar Art. 922 ZGB Anm. 13

⁵⁴ Art. 923 ZGB:

„Geschieht die Übergabe unter Abwesenden, so ist sie mit der Übergabe der Sache an den Empfänger oder dessen Stellvertreter vollzogen.“

käufer Besitz erwirbt⁵⁵. Ist die Transportperson dabei Besitzdiener des Käufers, so erwirbt dieser unmittelbaren Besitz in dem Augenblick, wo der Besitzdiener die Sache übernimmt⁵⁶. Ist sie dagegen Stellvertreter im Sinne des Art. 923 ZGB, so erwirbt sie selbst unmittelbaren Besitz, der Käufer mittelbaren Besitz. Denn das ZGB kennt genau wie unser Recht mittelbaren Besitz, Art. 920 ZGB⁵⁷. Die Mittelsperson wird dabei unselbständiger Besitzer genannt, durch die der selbständige Besitzer seine Sachherrschaft ausübt⁵⁸. Erwirbt daher der Transporteur als Stellvertreter des Käufers im Sinne des Art. 923 ZGB den Besitz für diesen, so wird er selbst unselbständiger Besitzer gemäß Art. 920 ZGB, der Käufer selbständiger Besitzer. In diesem Moment wird der Käufer in der Regel bereits Eigentümer, denn der Frachtführer wird dann auch als Vertreter des Käufers dessen Eigentumserwerbswillen erklären⁵⁹.

Die herrschende Lehre⁶⁰ sieht aber den Fall, daß der Transporteur Stellvertreter des Käufers ist, nur als Ausnahmefall

-
- ⁵⁵ Art. 923 ZGB sollte ursprünglich einen zweiten Absatz erhalten:
„Der Frachtführer und der Bote sind mangels anderer Abrede als Vertreter desjenigen anzusehen, der ihnen den Auftrag gegeben hat.“
Dieser Absatz wurde aber vom Ständerat als selbstverständlich gestrichen.
Siehe dazu auch Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3 Art. 923 ZGB Anm. 2
Ostertag in Berner Kommentar, Art. 923 ZGB Anm. 2
- ⁵⁶ Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3 Art. 923 ZGB Anm. 15
- ⁵⁷ Art. 920 ZGB:
„Hat ein Besitzer die Sache einem anderen zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Rechte übertragen, so sind beide Besitzer.
Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz.“
- ⁵⁸ Ostertag in Berner Kommentar, Art. 923 ZGB Anm. 3
Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16
- ⁵⁹ Ostertag in Berner Kommentar, Art. 923 ZGB Anm. 4
- ⁶⁰ Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16
Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 3, Art. 443 OR Anm. 31

an, zumal der Verkäufer in der Regel den Transporteur mit der Versendung beauftragt und mit ihm den Frachtvertrag gemäß Art. 440 OR abschließt. Daher ist die Transportperson meistens Beauftragter des Verkäufers, sie erwirbt dann mit der Auslieferung der Ware unmittelbaren Besitz und vermittelt dem Verkäufer, zu dem sie in einem „Abhängigkeitsverhältnis“⁶¹ steht, den mittelbaren Besitz.

Diesen unmittelbaren oder unselbständigen Besitz übt der Transporteur bis zur Ablieferung der Ware beim Käufer aus, der Verkäufer bleibt dann mittelbarer (selbständiger) Besitzer. Mit der Ablieferung wird der Käufer unmittelbarer Besitzer und bei vorliegender Willensübereinstimmung, die der Transportmittler als Vertreter des Käufers erklären kann, Eigentümer. Gibt es nun auch hier Möglichkeiten, den mittelbaren (selbständigen) Besitz schon während der Versendung auf den Käufer zu übertragen und damit einen Eigentumsübergang eintreten zu lassen? Genau wie nach § 870 BGB kann der mittelbare Besitz auch nach schweizerischem Recht vom Verkäufer während der Versendung auf den Käufer übertragen werden, Art. 924 ZGB⁶². Diese Übertragung erfordert eine „Besitzanweisung“ oder „Besitzzession“, d. h. eine Willenseinigung zwischen dem Veräußerer und dem Käufer, auf Grund deren mittels Zession (Art. 165 OR) der Anspruch des selbständigen Besitzers (Verkäufer) gegen den unselbständigen Besitzer (Transportperson) auf den Käufer übertragen wird⁶³.

Gegenüber dem Transporteur ist diese Abtretung im Gegensatz zu unserem Recht erst wirksam, wenn sie ihm angezeigt ist. Unter Umständen kann auch in der Übersendung

⁶¹ Ostertag in Berner Kommentar, Art. 923 ZGB Anm. 4.
Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16

⁶² Art. 924 ZGB:

„Ohne Übergabe kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräußerer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt.

Gegenüber dem Dritten ist dieser Besitzübergang erst dann wirksam, wenn ihm der Veräußerer davon Anzeige gemacht hat. Der Dritte kann dem Erwerber die Herausgabe aus den gleichen Gründen verweigern, aus denen er sie dem Veräußerer hätte verweigern können.“

⁶³ Ostertag in Berner Kommentar, Art. 924 ZGB Anm. 4

des Frachtbrief-Duplikats eine stillschweigende Abtretung des Herausgabeanspruchs liegen⁶⁴.

Eine andere Übertragung des mittelbaren Besitzes während der Versendung als durch „Besitzanweisung“ gemäß Art. 924 ZGB ist nicht möglich. Auch der Herausgabeanspruch des Käufers gemäß Art. 443 OR, der fast wörtlich § 433 HGB gleicht, gibt diesem, wenn der Frachtvertrag vom Verkäufer abgeschlossen worden ist, noch keinen selbständigen Besitz, obwohl der Käufer ausschließlich befugt ist, Anweisungen über das Frachtgut zu geben⁶⁵.

Denn auch die schweizerische Lehre⁶⁶ sieht in Art. 433 OR⁶⁷ nur ein obligatorisches Recht, das nicht die zur Entstehung mittelbaren Besitzes erforderliche Sachherrschaft begründet. Es ergeben sich also hier die gleichen Probleme wie bei § 433 HGB. Das Recht des Käufers gemäß Art. 443 OR beruht auf dem Frachtvertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112

⁶⁴ Ostertag in Berner Kommentar, Art. 924 ZGB Anm. 4
Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 925 ZGB Anm. 5

⁶⁵ Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16

⁶⁶ Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16
Schönenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 3, Art. 443 OR Anm. 16

⁶⁷ Art. 443 OR:

„Solange das Frachtgut noch in den Händen des Frachtführers ist, hat der Absender das Recht, dasselbe gegen Entschädigung des Frachtführers für Auslagen oder für Nachteile, die aus der Rückziehung erwachsen, zurückzunehmen, ausgenommen:

1. wenn ein Frachtbrief vom Absender ausgestellt und vom Frachtführer an den Empfänger übergeben worden ist;
2. wenn der Absender sich vom Frachtführer einen Empfangsschein hat geben lassen und diesen nicht zurückgeben kann;
3. wenn der Frachtführer an den Empfänger eine schriftliche Anzeige von der Ankunft des Gutes zum Zwecke der Abholung abgesandt hat;
4. wenn der Empfänger nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte die Ablieferung verlangt hat.

In diesen Fällen hat der Frachtführer ausschließlich die Anweisungen des Empfängers zu befolgen, ist jedoch hierzu, falls sich der Absender einen Empfangsschein hat geben lassen und das Gut noch nicht am Bestimmungsorte angekommen ist, nur dann verpflichtet, wenn dem Empfänger dieser Empfangsschein zugestellt worden ist.“

OR)⁶⁸, d. h. der Käufer wird unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, selbständig Erfüllung zu verlangen.

Die Rechte des Verkäufers werden aber dadurch nur eingeschränkt, sie leben sofort wieder auf, wenn der Käufer von seinen Rechten keinen Gebrauch macht, z. B. die Annahme verweigert⁶⁹. Trotz dieses Verfügungsrechts des Käufers aus Art. 443 OR bleibt aber das besitzrechtliche Herrschaftsverhältnis zwischen Verkäufer und Transportperson bis zur Ablieferung bestehen; der Besitz geht auch hier erst auf den Empfänger über, wenn er das Frachtgut entgegennimmt⁷⁰.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nach schweizerischem Recht beim Versendungskauf die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung bei einer Speziessache mit Abschluß des Kaufvertrages, bei einer Gattungssache mit Abgabe an eine Transportperson zur Versendung übergeht. Der Besitz- und Eigentumsübergang bei versendeten Sachen gestaltet sich entsprechend unserem Recht.

IV. Gemischte Rechtssysteme

1. Das niederländische Recht

Das „Nederlandsche Wetboeken“ (B. W.) von 1838 nimmt als Sondererscheinung unter den Kodifikationen des Kontinents eine Mittelstellung zwischen den Systemen des Konsens- und Traditionsprinzips ein. Der Zeit seiner Entstehung entsprechend, hat es große Teile des Code Napoleon übernommen, ja viele Artikel nur wortgetreu übersetzt eingefügt. Bei den wesentlichen Rechtsinstituten ist es aber nicht dem französischen Vorbild gefolgt, sondern hat auf den Grundlagen des Traditionsprinzips eigene Konzeptionen entwickelt, so daß ein Teil der Lehre das niederländische Recht den Rechtsordnungen des

⁶⁸ Schöenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 3, Art. 443 OR Anm. 16

⁶⁹ Schöenberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 3, Art. 443 OR Anm. 16

⁷⁰ Homberger in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 3, Art. 923 ZGB Anm. 16

Traditionsprinzips zurechnet⁷¹. Am auffälligsten ist hierbei die Regelung des Eigentumsüberganges an verkauften Waren, die entgegen dem französischen Vorbild eine Übergabe der Sache erfordert und nicht den Abschluß des Kaufvertrages genügen läßt. Das Erfordernis der Tradition zur Vollendung des Eigentumsüberganges ergibt sich einmal aus Art. 639 B. W.⁷², einer Vorschrift innerhalb der Regelungen über den Erwerb und Verlust von Eigentum. Unter den Vorschriften des Kaufrechts ist dann in Art. 1495⁷³ das Erfordernis der Tradition zum Übergang von Eigentum an verkauften Waren nochmals gesondert erwähnt. Beide Vorschriften werden ergänzt durch Art. 667 B. W.⁷⁴, der das Tatbestandsmerkmal „*levering*“ der Art. 639, 1495 B. W. erläutert. Die „*levering*“ ist also nicht nur wie die „*délivrance*“ des Code Civil rein tatsächlicher Natur, sie ist zugleich Rechtshandlung, indem sie den Eigentumsübergang bewirkt. Das B. W. hat eine Übergabe unter Abwesenden nicht geregelt, sondern läßt wie unser Recht das Eigentum bei Versendungskäufen erst mit Ablieferung der Ware beim Käufer auf diesen übergehen. Eine Schwierigkeit ergibt sich jedoch bei der insbesondere für Versendungskäufe wesentlichen Frage, ob das Erfordernis der Tradition ersetzt werden und damit dem Käufer das Eigentum schon eher übertragen werden kann. Da das niederländische Recht generell nicht vom Traditionsprinzip und damit den dort ausgebildeten Möglichkeiten der Besitzverschaffung ausgeht, sondern im wesentlichen dem Code Napo-

⁷¹ Rabel, Warenkauf I, S. 28

a. A. mit zutreffender Begründung jedoch v. Caemmerer in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 679

⁷² Art. 639 B. W.: „Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeeigening, door natrekking, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erf-opvolging, en door opdragt of levering, tengevolge van eenen regstittel van eigendoms-overgang, atkomstig van dengenen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.“

⁷³ Art. 1495 B. W.: „De eigendom van het verkochte goed gaat niet eer tot den kooper over, dan nadat de levering daarvan geschied is, overeenkomstig artikel 667, 668 en 671.“

⁷⁴ Art. 667 B. W.: „De levering van roerende zaken, onligchamelijke uitgezondert, geschiedt door de enkele overgave, welke door den eigenaar of in zijnen naam is verrigt, of door de sleutels van het geboew, waarin sich die zaken bevinden, over de geven...“

leon folgt und nur einzelne Rechtsinstitute dem Traditionsprinzip unterstellt, sind die Fragen des Traditionersatzes nur unvollkommen geregelt. Art. 667 B. W. erwähnt zwar die reelle und symbolische Übergabe und die *traditio brevi manu*, nicht aber das *constitutum possessorium* oder die Übergabe *solo consensu* durch Abtretung des Herausgabeanspruches im Sinne der §§ 931, 870 BGB. Gerade aber die letztere Art der Besitzverschaffung und damit gegebenenfalls einer Eigentumsübertragung ist, wie wir im deutschen Recht gesehen haben, bei Versandungsgeschäften von wesentlicher Bedeutung. Deshalb läßt die niederländische Lehre und Rechtsprechung⁷⁵ die Besitzübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches sowie das *constitutum possessorium* trotz der fehlenden gesetzlichen Grundlage zu, da ihr Erfordernis insbesondere bei Versandungs- und Lagergeschäften immer stärker hervortritt. Die Übergabe der Sache ist jedoch entgegen unserem Recht keine Bedingung für den Übergang der Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung. Hier folgt das niederländische Recht wortgetreu seinem französischen Vorbild, indem es in Art. 1496 B. W.⁷⁶ bestimmt, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges im Augenblick des Abschlusses des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht. Das gilt jedoch nur für Speziesachen. Bei Gattungssachen dagegen geht die Gefahr wie in anderen Rechtssystemen auch erst mit der Konzentration auf den Käufer über, beim Versandungskauf in der Regel mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson. Waelbroeck⁷⁷ weist jedoch eingehend darauf hin, daß der Käufer nach herrschender Rechtsprechung bei einer Konzentration mit gleichzeitigem Gefahrübergang mitwirken müsse oder zumindest aufgefordert sein müsse, es zu tun, es müsse eine „individualisation contradictoire“ vorliegen. Sei dies nicht der Fall, so

⁷⁵ Eingehender Nachweis bei Waelbroeck, S. 42, und v. Caemmerer in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 679

⁷⁶ Art. 1496 B. W.: „Indien de verkochte zaak in een zeker en bepaald voorwerp bestaat, is dezelve, van het oogenblik van den koop af, voor rekening van den koper, hoewel de levering nog niet hebbe plaats gehad, en heeft de verkoper het regt om den prijs te vorderen.“

⁷⁷ S. 56/57

könne zwar eine Konzentration der Ware mit der Auslieferung an den Transporteur eintreten, der Versandungsverkäufer trüge trotzdem die Transportgefahr bis zur endgültigen Übergabe an den Käufer. Nur wenn der Verkäufer vom Käufer ermächtigt sei, einseitig die Konzentration mit der Übergabe der Ware an den Transporteur zu bewirken, gehe zu diesem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer über. Das B. W. folgt also hier den im romanischen Recht entwickelten Grundsätzen von der Konzentration als zweiseitigem Akt⁷⁸. Auch hier regelt sich bei Gattungskäufen die Gefahrtragung bei Versandungsgeschäften im praktischen Ergebnis ebenso wie in den Rechtssystemen des Konsens- und des Traditionsprinzips durch die Übergabe der Ware an die Transportperson.

2. Das skandinavische Recht

- a) Das skandinavische Kaufgesetz (Gesetz über Kauf und Tausch von Fahrnis vom 20. Juni 1905), das in allen skandinavischen Staaten infolge von übereinstimmenden landesrechtlichen Einzelkodifikationen gilt, trifft eine eingehende Regelung über den Gefahrübergang beim Versandungskauf, enthält jedoch keine Regelung des Eigentumsüberganges⁷⁹. Wir sehen hier ein frühes und zugleich erfolgreiches Beispiel einer internationalen Rechtsvereinheitlichung⁸⁰. Nach § 17 des Gesetzes trägt der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung bis zur Lieferung, von da ab der Käufer⁸¹. Die Lieferung bei Versandungskäufen wird durch § 10 Kaufgesetz bestimmt, sie ist dann bewirkt, wenn die Transportperson die Ware in Emp-

⁷⁸ v. Caemmerer in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 12. Jahrg., S. 690

⁷⁹ Sovilla, S. 29

⁸⁰ Lagergren, S. 43

⁸¹ § 17 Satz 1 Kaufgesetz:

„Bis das Gut geliefert ist, trägt der Verkäufer die Gefahr dafür, daß es durch Zufall zerstört, verschlechtert oder vermindert wird.“

Almén I, § 17 S. 207

Rabel, Warenkauf II, S. 303

fang genommen hat⁸². Da diese Regelung der Gefahrtragung fast wörtlich mit § 447 BGB übereinstimmt, ist es nur natürlich, daß die schwedische Lehre zu diesem Institut Auslegungsregeln entwickelt hat, die sich mit den Anwendungsvoraussetzungen des § 447 BGB weitgehend decken⁸³. Der wichtigste Unterschied zwischen § 447 BGB und § 10 Kaufgesetz liegt darin, daß die Lieferung des § 10 Kaufgesetz im Gegensatz zu § 447 BGB keinen Besitzwechsel an der veräußerten Ware begründet⁸⁴. § 10 Kaufgesetz ist nur dann anwendbar, wenn eine selbständige Transportperson die Versendung besorgt, was sich besonders aus dem Tatbestandsmerkmal „Beförderung . . . übernommen hat“ ergibt⁸⁵. Grundsätzlich besteht keine Versendungspflicht; der Verkäufer ist nur dann verpflichtet, die Ware zu versenden, wenn ein Handelsbrauch besteht oder er die Versendung stillschweigend oder ausdrücklich im Vertrage übernommen hat⁸⁶. Dann aber muß er einen selbständigen Frachtführer mit der Versendung beauftragen, er darf das Gut nicht durch in seinen Diensten stehende Leute, Dienstmänner oder Fuhrmänner befördern lassen⁸⁷. Ja, es genügt zum Gefahrübergang nicht einmal – anders als in § 447 BGB – die Übergabe der Ware an einen Spediteur, da dieser nur einen Frachtvertrag für fremde Rechnung in eigenem Namen abschließt und nicht selbst befördert⁸⁸.

⁸² § 10 Kaufgesetz:

„Soll das Gut durch den Verkäufer von einem Ort nach einem anderen versendet werden, um dort vom Käufer in Empfang genommen zu werden, so ist es als geliefert anzusehen, wenn es von jemand entgegengenommen worden ist, der seine Beförderung von dem Ort übernommen hat, von dem aus die Versendung geschehen soll, oder, sofern es mit einem Schiff abgesendet werden soll, wenn es innerhalb seiner Seite gebracht ist.“

Rabel, Warenkauf I, S. 291

⁸³ Lagergren, S. 47

⁸⁴ Auch Lagergren, S. 47

⁸⁵ Almén I, § 10 S. 121

⁸⁶ Almén I, § 10 S. 122

⁸⁷ Rabel, Warenkauf I, S. 293

⁸⁸ Almén I, § 10 S. 125

Der Verkäufer haftet nicht für ein Verschulden dieser Transportpersonen, da die Transportperson nach der Lehre⁸⁹ eine selbständige Stellung zwischen Verkäufer und Käufer einnimmt und nicht als Vertreter des Verkäufers oder Käufers angesehen werden kann. Verursacht die Transportperson aber einen Schaden, so ist der Käufer, der die Gefahr trägt, berechtigt, aus eigenem Recht gegen den Frachtführer, auch wenn dieser mit dem Verkäufer den Frachtvertrag geschlossen hat, zu klagen⁹⁰.

Zu beachten ist noch die Besonderheit der §§ 14/15 Kaufgesetz, wonach der Verkäufer das Recht hat, dem Frachtführer die Auslieferung des Gutes an den Käufer so lange zu untersagen, bis dieser den Kaufpreis bezahlt hat⁹¹.

- b) So eingehend das skandinavische Kaufgesetz die Gefahertragung beim Versendungskauf geregelt hat, die Fragen des Eigentumsüberganges läßt es – wie festgestellt – unberührt⁹². Die Lehre⁹³ ist daher gezwungen, auf alte Vorschriften, so in Schweden dem „Handelsbalken des Gesetzes von 1734“, zurückzugreifen, wonach das Eigentum mit Abschluß des Vertrages auf den Käufer übergeht. Um die Fragen des Eigentumsüberganges haben sich jedoch „große Streitfragen“

⁸⁹ Almén I, § 17 S. 210

⁹⁰ Almén I, § 17 S. 210

⁹¹ § 14 Kaufgesetz:

„Der Verkäufer ist berechtigt, das Gut einzubehalten, bis der Kaufpreis bezahlt wird, und der Käufer, den Kaufpreis einzubehalten, bis das Gut ihm bereitgehalten wird.“

§ 15 Kaufgesetz:

„Soll das Gut von dem Ort versendet werden, wo es geliefert werden muß, so ist der Verkäufer nicht auf Grund dessen, was in § 14 bestimmt ist, berechtigt, sich seiner Absendung zu entziehen, aber er kann statt dessen verhindern, daß es am Bestimmungsort dem Käufer herausgegeben wird.“

⁹² Almén I, § 17 S. 198

Gottheiner in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg., S. 360

Rabel, Warenkauf II, S. 297

Carlson in Zivilgesetze der Gegenwart X, 3 b, S. 169

⁹³ Almén I, Anhang zu § 14 S. 172

Carlson in Zivilgesetze der Gegenwart X, 3 b, S. 172

Friedrich in Rvgl. H. W. B., Bd. 6, S. 627

entwickelt⁹⁴. Nach der überwiegenden schwedischen Lehre⁹⁵ geht das Eigentum zwar mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über, dieser bewirkt jedoch nur bedingtes Eigentum, da der Verkäufer sein Recht gemäß § 15 Kaufgesetz erst unter der Bedingung aufgibt, daß der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat. Die dänische, norwegische und finnische Lehre erfordert dagegen für den Eigentumsübergang nur den Abschluß des Kaufvertrages⁹⁶.

Nach skandinavischem Recht ist also der Besitzübergang keine Bedingung für den Eigentumsübergang. Die Übergabe macht den Eigentumsübergang nur offenkundig und ist somit lediglich Indiz für den Eigentumsübergang⁹⁷. Die Lehre hat daher die Fragen des Besitzüberganges beim Versendungskauf nur am Rande geregelt. Sie ist der Ansicht⁹⁸, daß der Käufer mit der „Lieferung“ nach § 10 Kaufgesetz noch keinen Besitz erhält, der Verkäufer jedoch seinen Besitz verliert und der Frachtführer alleiniger Besitzer während der Versendung ist. Mit der Ablieferung des Gutes überträgt er seinen Besitz auf den Käufer.

Zusammenfassend ist festzustellen: Eigentums- und Gefahrübergang sind im skandinavischen Recht unabhängig voneinander geregelt. Die Gefahr des zufälligen Unterganges geht nach dem skandinavischen Kaufgesetz ebenso wie nach § 447 BGB mit Übergabe der Ware an die Transportperson auf den Käufer über. Der Eigentumsübergang erfolgt, entgegen unserem Recht, mit Vertragsabschluß, er erfordert keine Tradition. Vergleichend zu den zeitlich gleichliegenden Kodifikationen – so BGB und ZGB – ist auch die Regelung des Gefahrüberganges beim Versendungskauf im skandinavischen Rechtskreis den modernen Anforderungen des Warenverkehrs entsprechend geregelt worden. Ein Man-

⁹⁴ Almén I, Anhang zu § 14 S. 172

⁹⁵ Carlson in Zivilgesetze der Gegenwart X, 3 b, S. 142
Almén I, Anhang zu § 14, S. 172

⁹⁶ Siehe besonders Sovilla, S. 29/30

⁹⁷ Carlson in Zivilgesetze der Gegenwart X, 3 b, S. 142
Sovilla, S. 29/30

⁹⁸ Rabel, Warenkauf I, S. 317
Almén I, § 10 S. 120

gel des Kaufgesetzes von 1905 liegt jedoch darin, daß es die Fragen des Eigentumsüberganges unberücksichtigt läßt, so daß alte, in keinem Zusammenhang mit dem Kaufgesetz stehende Vorschriften weiter Anwendung finden müssen. Die skandinavische Rechtsordnung ist schon infolge dieser zusammenhanglosen Regelung des Gefahren- und Eigentumsüberganges nicht mit den Begriffen der herkömmlichen Prinzipien (Konsens- oder Traditionsprinzip) zu erfassen⁹⁹, sondern nimmt hierin eine Sonderstellung zu den übrigen Rechtsordnungen ein. Auch sind die Fragen des Eigentumsüberganges in dem skandinavischen Rechtskreis von jeher wesentlich streitiger gewesen als beispielsweise in unserer Rechtsordnung, so daß wohl auch aus diesen Gründen davon abgesehen wurde, Regelungen des Eigentumsüberganges in das Kaufgesetz zu übernehmen.

Diese Streitfragen sind bis heute in Fluß, wobei jedoch Lehre und Rechtsprechung immer mehr dazu übergehen, die dogmatische Frage, wann das Eigentum vom Käufer erworben wird, außer acht zu lassen und nur die durch den Eigentumsübergang entstehenden praktischen Teilfragen – so Probleme des Doppelverkaufes – sachgemäß zu lösen versuchen¹⁰⁰.

Gewiß können dadurch die beim Eigentumsübergang auftretenden praktischen Einzelfragen auch auf Grund der vorhandenen gesetzlichen Grundlagen entschieden werden; eine dogmatisch einleuchtende Konstruktion von Gefahr- und Eigentumsübergang jedoch ist nach den gegebenen Bestimmungen des skandinavischen Rechts nicht zu begründen.

⁹⁹ Gottheiner in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg., S. 360

¹⁰⁰ Besonders erwähnt bei Gottheiner in Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 18. Jahrg. S. 360 f.

Literaturverzeichnis

A. Kommentare

- ACHILLES-GREIFF: *Bürgerliches Gesetzbuch*
21. Auflage - Walter de Gruyter & Co. - Berlin 1958
- BAUMBACH-DUDEN: *Handelsgesetzbuch*
14. Auflage - C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Berlin 1961
- BOHLE-STAMMSCHRÄDER: *Konkursordnung*
6. Auflage - C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Berlin 1961
- DANZER: *Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) vom Jahre 1756*
J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler) - München 1894
- DURINGER-HACHENBURG: *Das Handelsgesetzbuch*
V. Band, 1. Hälfte, Einl. zu §§ 373-382, erläutert von Breit-Hoeniger
3. Auflage 1932 - J. Bensheimer - Mannheim-Berlin-Leipzig
- DURINGER-HACHENBURG: *Das Handelsgesetzbuch*
V. Band, 2. Hälfte, §§ 383-473, erläutert von Bing-Lehmann
3. Auflage 1932 - J. Bensheimer - Mannheim-Berlin-Leipzig
- ERMAN: *Bürgerliches Gesetzbuch*
2. Auflage 1958 - Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung
Münster/Westf.
- GAREIS-FUCHSBERGER: *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*
Berlin 1891 - Verlag v. J. Guttentag
- JAEGER: *Konkursordnung*
Band I, §§ 1-70, bearbeitet von Lent - 8. Auflage - Berlin 1958
Walter de Gruyter & Co.
- KOCH: *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*
Bearbeitet von Förster-Johow-Hinschius-Achilles-Dalcke
I. Band - Verlag von J. Guttentag - Berlin-Leipzig 1878
- W. X. A. FREYHERR VON KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN:
Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem
IV. Theil - Neunte Auflage - München 1821 - Im Verlage der Königl. Zentral-Verwaltung des Regierungs- und allgemeinen Intelligenz-Blattes

- MAKOWER-MEYER: *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*
 Berlin 1862 - Verlag von J. Guttentag
- MOSSE-HEYMANN: *Handelsgesetzbuch*
 17. Auflage - Berlin 1926 - Walter de Gruyter & Co.
- OERTMANN: *Bürgerliches Gesetzbuch*
 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse - II. Abteilung, §§ 433-853
 Carl Heymanns Verlag - Berlin 1929
- PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch*
 Bearbeiter: Danckelmann-Gramm-Hoche-Lauterbach-Keidel
 21. Auflage 1962 - C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
 München und Berlin
- RGRK: *Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum Bürgerlichen Gesetzbuch*
 I. Band, 1. Teil, §§ 1-240, bearbeitet von: Denecke-Johannsen-Kregel-Krüger-Nieland-Kuhn
 11. Auflage - Berlin 1959 - Walter de Gruyter & Co.
- RGRK: *Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum Bürgerlichen Gesetzbuch*
 II. Band, 1. Teil, §§ 433-704, bearbeitet von: Denecke-Kuhn-Pritsch-Wilde - 11. Auflage - Berlin 1959 - Walter de Gruyter & Co.
- RGRK: *Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum Bürgerlichen Gesetzbuch*
 III. Band, 1. Teil, §§ 854-1011, bearbeitet von: Johannsen-Kregel-Pritsch - 11. Auflage - Berlin 1959 - Walter de Gruyter & Co.
- RGRK: *Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum Handelsgesetzbuch*
 IV. Band, §§ 373-375, bearbeitet von: Würdinger-Brüggemann
 2. Auflage - Berlin 1961 - Walter de Gruyter & Co.
- RGRK: *Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern zum Handelsgesetzbuch*
 V. Band, §§ 383-460, bearbeitet von: Ratz - 2. Auflage - Berlin 1960
 Walter de Gruyter & Co.
- RITTER: *Handelsgesetzbuch*
 2. Auflage 1932 - München und Berlin - H. W. Müller
- SCHLEGELBERGER: *Handelsgesetzbuch*
 Band III, bearbeitet von: Gefßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder
 3. Auflage 1956 - Verlag Franz Vahlen GmbH
 Berlin und Frankfurt a. M.

SCHLEGELBERGER: *Handelsgesetzbuch*

Band IV, bearbeitet von: Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder
3. Auflage 1957 - Verlag Franz Vahlen GmbH
Berlin und Frankfurt a. M.

SOERGEL-SIEBERT: *Bürgerliches Gesetzbuch*

III. Band, Sachenrecht, §§ 854-1296 - 9. Auflage 1960
W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart

v. STAUDINGER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

I. Band, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Brändl-Coing
11. Auflage 1957 - J. Schweitzer Verlag, Berlin W 35

v. STAUDINGER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, §§ 433-610,
bearbeitet von: Kiefersauer-Ostler-Riedel
11. Auflage 1955 - J. Schweitzer Verlag, Berlin W 35

v. STAUDINGER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

III. Band, Sachenrecht, 1. Teil, §§ 854-1017, bearbeitet von: Berg-
Ring-Seufert - 11. Auflage 1956 - J. Schweitzer Verlag, Berlin W 35

B. Lehrbücher

BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung - München und Berlin 1960

BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrecht*

2. Auflage 1957 - Verlag Franz Vahlen GmbH
Berlin und Frankfurt a. M.

COSACK: *Lehrbuch des Handelsrechts*

12. Auflage 1930 - Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart

DERNBURG: *Pandekten*

II. Band, Obligationsrecht, 7. Auflage, unter Mitwirkung von Bier-
mann - Berlin 1903 - Verlag von H. W. Müller

ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*

15. Auflage - I. Halbband - 1959
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen

ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*

15. Auflage - II. Halbband - 1960
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen

- ENNECCERUS-LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*
 15. Auflage - Tübingen 1958
 Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- WOLFF-RAISER: *Sachenrecht*
 10. Bearbeitung - Tübingen 1957
 Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- ESSER: *Lehrbuch des Schuldrechts*
 Allgemeiner und Besonderer Teil - 2. Auflage 1960
 Verlag C. F. Müller - Karlsruhe
- O. FISCHER: *Lehrbuch des preußischen Privatrechts*
 Berlin-Leipzig 1887 - Verlag von J. Guttentag
- FÖRSTER-ECCIUS: *Preußisches Privatrecht*
 II. Band - 7. Auflage - Verlag von Georg Reimer - Berlin 1896
- FÖRSTER-ECCIUS: *Preußisches Privatrecht*
 III. Band - 7. Auflage - Verlag von Georg Reimer - Berlin 1896
- GIERKE: *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*
 7. Auflage - Berlin 1955 - Walter de Gruyter & Co.
- HECK: *Grundriß des Schuldrechts*
 Tübingen 1929 - Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*
 I. Band, Allgemeiner Teil - 4. Auflage
 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung - München und Berlin 1960
- LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*
 II. Band, Besonderer Teil - 4. Auflage
 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung - München und Berlin 1960
- LEHMANN: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*
 9. Auflage - Berlin 1955 - Walter de Gruyter & Co.
- MÜLLER-ERZBACH: *Deutsches Handelsrecht*
 2./3. Auflage - Tübingen 1928 - Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- THOL: *Das Handelsrecht*
 I. Band - 6. Auflage - Leipzig 1879 - Fues's Verlag (R. Reisland)
- WESTERMANN: *Lehrbuch des Sachenrechts*
 4. Auflage 1960 - Verlag C. F. Müller - Karlsruhe
- WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*
 II. Band - 9. Auflage - bearbeitet von Kipp - Frankfurt a. M.
 Literarische Anstalt Rütten & Loening - 1906

C. Monographien - Studienbücher

- EISSER: *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung*
1927 - Springer Verlag
- GRUCHOT: *Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts*
9. Jahrgang - Berlin 1865 - G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung
- HAASE: *Besitz- und Eigentumserwerb im Falle der Versendung*
Berlin 1905 - Verlag von Struppe & Winkler
- HELLWIG: *Verträge auf Leistung an Dritte*
1899 - Deichert-Verlag
- JHERING: *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte*
In Jherings Jahrbuch für Dogmatik - Band 4, Seite 366 ff.
- KASER: *Das römische Privatrecht*
1. Abschnitt - Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht - in Handbuch der Altertumswissenschaft - 10. Abteilung, 3. Teil, 3. Band, 1. Abschnitt - C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung - München und Berlin 1955
- KRELLER: *Römisches Recht*
Band II, Grundlehren des gemeinen Rechts
Springer Verlag - Wien 1950
- LANGE: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*
4. Auflage - C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Berlin 1958
- MÜLLER-FREIENFELS: *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*
Tübingen 1955 - Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
- RABEL: *Gefahrtragung beim Kauf*
In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
42. Band, Seite 543 ff. - Weimar 1926 - Herrmann Böhlaus Nachf.
- REGELSBERGER: *Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf*
In Archiv für die civilistische Praxis - Band 49, Seite 183 ff.
- RUNDNAGEL: *„Beförderungsgeschäfte“*
In Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts
Band V, Abteilung 2, Seite 111 ff. - Leipzig 1915
- SCHWIND: *Römisches Recht*
Band I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts
Springer Verlag - Wien 1950

SOHM: *Institutionen*

Geschichte und System des römischen Privatrechts

Bearbeiter: Mitteis-Wenger - 17. Auflage 1930 - München und Berlin

Verlag von Duncker & Humblot

WOLFF, M.: *„Die Gegenstände des Handelsrechts“*

In Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts

Band IV, Abteilung 1 - Leipzig 1917

WOLFF, M.: *„Der Mitbesitz im bürgerlichen Recht“*

In Jherings Jahrbuch für Dogmatik - Band 44, Seite 143 ff.

D. Dissertationen

DIECKHOFF: *In welchem Zeitpunkt geht bei einer Versendung Besitz und Eigentum auf den Adressaten über?*

Marburg 1906

EBELING: *Beitrag zur Lehre vom Besitz beim Versendungskauf*

Göttingen 1910

EICHNER: *Zur Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter*

Rostock 1910

FEDERL: *Gefahrübergang beim Versendungskauf*

München 1909

FROMMER: *Über Besitz und Eigentumserwerb im Falle der Versendung nach geltendem Recht*

Rostock 1904

GAERTNER: *Der Besitzwechsel am Frachtgut*

Heidelberg 1912

HÄWERT: *Die Ansprüche des Auftraggebers oder eines Dritten gegen den Spediteur aus Speditionsvertrag, Frachtvertrag und unerlaubter Handlung nach deutschem, schweizerischem und englischem Speditionsrecht*

Berlin 1960

KLAPPER: *Der Leistungsort beim Versendungskauf*

Göttingen 1933

ROSS: *Fragen des Eigentumsüberganges beim Kauf beweglicher Sachen*

Köln 1928

- SACHS: *Der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges beim Versendungskauf*
Hamburg 1933
- SARFERT: *Wann geht nach geltendem Rechte beim Versendungskauf
das Eigentum an den versendeten Sachen auf den Empfänger über?*
Leipzig 1909
- SIEGEL: *Der Eigentumsübergang auf Grund eines Versendungskaufes*
Leipzig 1914
- VEELKEN: *Eigentum und Besitz am Frachtgut*
Münster 1932

E. Aufsätze

- BECKER: *Zum Umstellungsgesetz: Zulässigkeit des Rücktritts bei Ver-
sendungskäufen*
In Betriebsberater - 1948, Seite 273
- BEKKER: *Sprachliches und Sachliches zum BGB*
In Jherings Jahrbuch für Dogmatik - Band 49, Seite 1 ff.
- BETTERMANN: *Transportrisiko und Beschlagnahme*
In Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
Band 111, Seite 102 ff.
- BÖTTICHER: *Versendungskauf und Bewirkung der Gegenleistung im
Sinne des § 18 Absatz 1 Ziffer 2 Umstellungsgesetz*
in Monatsschrift für Deutsches Recht - 1949, Seite 2 ff.
- BOSCH: *Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle*
In Deutsche Notar-Zeitschrift - 1951, Seite 164 ff.
- BUCHER: *Wiederbelebung der Stellvertretung in der Erklärung*
In Juristenzeitung - 1954, Seite 22 ff.
- v. CAEMMERER: *Währungsgesetzgebung und Schuldverhältnis*
In Süddeutsche Juristenzeitung - 1948, Spalte 497 ff.
- DUDEN: *Allgemeine privatrechtliche Wirkungen der Geldreform*
In Deutsche Rechtszeitschrift - 1948, Seite 330 ff.
- FICK: *Über die Natur des modernen Distance-Kaufvertrages*
In Archiv für deutsches Wechselrecht - Band IX, Seite 371 ff.
- HELMS: *Transportrisiko in außergewöhnlichen Zeiten*
In Neue Juristische Wochenschrift - 1949, Seite 45 ff.

HUECK: *Bote – Stellvertreter im Willen – Stellvertreter in der Erklärung*

In Archiv für die civilistische Praxis - Band 152, Seite 432 ff.

KREKELS: *Versendung zur Unzeit*

In Neue Juristische Wochenschrift - 1947/48, Seite 92 ff.

KRÜCKMANN: *Anmerkung zu RGZ in JW, 1924, S. 676*

In Juristische Wochenschrift - 1924, Seite 676

LENT: *Gibt es eine Vertretung in der Erklärung bei zu beurkundenden Geschäften?*

In Deutsche Notar-Zeitschrift - 1951, Seite 151

LUDERS: *Der Versendungskauf in der Währungsumstellung*

In Monatsschrift für Deutsches Recht - 1948, Seite 266 f.

NIPPERDEY: *Zur Frage des Ersatzes des Drittschadens*

In Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht - 1938, Seite 262

OERTMANN: *Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruches*

In Archiv für die civilistische Praxis - Band 113, Seite 51 ff.

REINICKE: *Zur Frage des Überganges von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Versicherungsträger*

In Neue Juristische Wochenschrift - 1953, Seite 1243 ff.

SIEVEKING: *Versendung zur Unzeit und Gefahrübergang*

In Monatsschrift für Deutsches Recht - 1947, Seite 142 ff.

STACHELS: *Anmerkung zum Urteil des OLG Darmstadt*

In Juristische Rundschau - 1948, Seite 290 ff.

ULMER: *Adoptionsvertrag und Stellvertretung (zum Begriff des Vertreters in der Erklärung)*

In Juristenzeitung - 1954, Seite 22 ff.

WEBER: *Die Adoptionsvollmacht*

In Deutsche Notar-Zeitschrift - 1951, Seite 316 ff.

F. Materialien, Spruchsammlungen, Zeitschriften

Corpus Juris Civilis

Institutiones recognovit Paulus Krueger - Digesta recognovit Theodor Mommsen - Berolini 1893

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

Neunte Auflage - München 1821 - Im Verlage der königl. Centralverwaltung des Regierungs- und Intelligenzblattes

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

Band II, Recht der Schuldverhältnisse - 2. Auflage

Verlag von J. Guttentag

Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

zitiert: BGHZ

Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen

zitiert: RGZ

Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen

zitiert: RGSt

Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes

zitiert: ROHG

Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes

zitiert: LM

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten

zitiert: SA

Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts

zitiert: Warn. Rspr.

Rechtsprechung der Obersten Landesgerichte, herausgegeben von Mugdan, Falkmann

zitiert: OLGR

Der Betriebsberater, herausgegeben von Heinrich, Hergt, Pfeffer

zitiert: BB

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Schmitt

zitiert: DJZ

Deutsche Notar-Zeitschrift, herausgegeben von Hieber, Knur

zitiert: D. Not. Z.

Deutsche Rechtszeitschrift, herausgegeben von Bader

zitiert: DRZ

- Juristische Rundschau*, herausgegeben von Dietz, v. Godin, Hedemann, Keidel, Kuhn, Nehlert, Nüse, Reuss, Schmidt, Schneidewin, Süss, Wergin
zitiert: JR
- Juristische Wochenschrift*, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein
zitiert: JW
- Neue Juristische Wochenschrift*, herausgegeben von Dahs, Heins, Lewald, Möhring
zitiert: NJW
- Juristenzeitung*, herausgegeben von Bader, Ehard, Hallstein, Kleine, Weinkauff, Baur, Lay, Mallmann
zitiert: JZ
- Monatsschrift für deutsches Recht*, herausgegeben von Mittelstein
zitiert: MDR
- Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht*, herausgegeben von Schuler
zitiert: LZ
- Süddeutsche Juristenzeitung*, herausgegeben von Ehard, Geiler, Hallstein
zitiert: SJZ
- Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, herausgegeben vom Präsidenten der Akademie für deutsches Recht
zitiert: ZADR
- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, herausgegeben von J. v. Gierke
zitiert: ZHR

G. Literatur zur Rechtsvergleichung

- ALMÉN: *Das skandinavische Kaufrecht*
Deutsche Ausgabe von Neubecker - Band I, §§ 1 – 41
Heidelberg 1922 - Carl Winters Universitätsbuchhandlung
- v. CAEMMERER: *Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisüber-eignung*
In Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
12. Jahrgang, 1938/1939, S. 675 ff.
- CHALMERS: *Sale of Goods Act 1893*
13th Edition - by Paul Sieghart - London - Butterworth & Co. Ltd.
1957

CODE CIVIL: *Übersetzung mit Anmerkungen*

Herausgegeben von Heinsheimer, Wolff, Kaden und Merk
in Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I - Bensheimerverlag - 1932
Mannheim-Berlin-Leipzig

CURTI: *Englands Privat- und Handelsrecht*

2. Band: Handelsrecht - 1927 - Verlag von Julius Springer, Berlin

EHRENZWEIG: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*

1. Band, 2. Hälfte, Sachenrecht - 2. Auflage - Wien 1957

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

EHRENZWEIG: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*

2. Band, 1. Hälfte, Das Recht der Schuldverhältnisse - Wien 1928

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für Österreich, herausgegeben von Glaser & Unger

FRIEDMANN-SANDIG-WACH: *Das österreichische Recht*

Band II - Deutsches Verlagshaus Bong & Co.

Wien-Berlin-Leipzig-Stuttgart - 1905

FRIEDRICH: *„Übereignung“*

In Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes

Herausgegeben von Schlegelberger - 6. Band, S. 607 ff. - Berlin 1938

Verlag von Franz Vahlen

GAULY: *Die Gefahrtragung im internationalen Privatrecht*

Dissertation - Mainz 1954

GOTTHEINER: *Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen*

In Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht

18. Jahrgang 1953, S. 356 ff.

HÄMMERLE: *Handelsrecht*

Band II - Verlag Styria - Graz-Wien-Köln - 1959/1960

INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT BERLIN: *„Kaufvertrag“*

In Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes - herausgegeben von

Schlegelberger - 4. Band, S. 727 ff. - Berlin 1933

Verlag von Franz Vahlen

KLANG: *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*
2. Band, §§ 285-530 - 2. Auflage 1950
Österreichische Staatsdruckerei

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar)
Herausgegeben von Gmür, Band IV, Sachenrecht - III. Abteilung,
Art. 919-977 - erläutert von Ostertag - 2. Auflage - Bern 1917
Verlag von Stämpfli & Cie.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar)
Herausgegeben von Gmür - Band VI, Obligationenrecht
II. Abteilung - Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Art. 184-551
Bearbeiter: Becker - Bern 1934 - Verlag von Stämpfli & Cie.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Herausgegeben von Egger, Escher, Haab, Homberger, Oser, Schö-
nenberger, Siegwart - IV. Band, Sachenrecht - 3. Teil: Besitz und
Grundbuch - Art. 919-977 - kommentiert von Homberger
2. Auflage - Zürich 1938 - Schultheß & Co.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Herausgegeben von Egger, Escher, Haab, Homberger, Oser, Schö-
nenberger, Siegwart - V. Band, Das Obligationenrecht - 2. Teil: Art.
184-418 - kommentiert von Oser, Schönenberger - 2. Auflage
Zürich 1936 - Schultheß & Co.

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Herausgegeben von Egger, Escher, Haab, Homberger, Oser, Schö-
nenberger, Siegwart - V. Band, Das Obligationenrecht - 3. Teil: Art.
419-529 - kommentiert von Schönenberger - 2. Auflage
Zürich 1945 - Schultheß & Co.

LAGERGREN: *Delivery of the goods and transfer of property and risk
in the law on sale*
Stockholm 1954 - P. A. Norstedt & Söners Förlag

RABEL: *Das Recht des Warenkaufes*
Eine rechtsvergleichende Darstellung - I. Band - Sonderveröffent-
lichung aus der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales
Privatrecht - Berlin 1957 - Walter de Gruyter & Co.

RABEL: *Das Recht des Warenkaufes*
Eine rechtsvergleichende Darstellung - II. Band - unter Mitwirkung
von Klaus v. Dohnanyi und Jörg Kaiser - Sonderveröffentlichung
aus der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privat-
recht - 1958 - Walter de Gruyter & Co., Berlin - J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck), Tübingen

SCHIRRMEISTER-PROCHOWNICK: *Das Bürgerliche Recht Englands*
2. Band - Berlin 1929 - Carl Heymanns Verlag

SCHMITTHOFF: *The Sale of Goods*
London - Steven & Sons, Ltd. - 1951

SOVILLA: *Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen*
Universitätsverlag Freiburg/Schweiz - 1954

WAELEBROECK: *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*
Bruxelles 1961 - Etablissements Emile Bruylant

WOLFF: *Grundriß des Österreichischen Bürgerlichen Rechts*
4. Auflage - Springer Verlag 1950 - Wien

Zivilgesetze der Gegenwart

Band X - Das Zivilrecht der nordischen Länder Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden - Teil I, Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens - herausgegeben vom Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Berlin - und von Schlegelberger, v. Seth, Wrede, Dix - Lieferung 3b - Bearbeiter: Carlson 1936 - Weidmannsche Buchhandlung, Berlin SW 68

Lebenslauf

Ich, Knut Otto Christian Fischer, wurde am 4. Januar 1935 als Sohn des Bankiers Dr. jur. et phil. Otto Christian Fischer und seiner Ehefrau Margit S. Fischer zu Berlin geboren.

Vom Herbst des Jahres 1941 bis zum Kriegsende besuchte ich die 7. Volksschule in Berlin-Zehlendorf.

Von Oktober 1945 bis Ostern 1948 war ich Schüler der Schadow-Oberschule in Berlin-Zehlendorf und anschließend des Canisius-Kollegs zu Berlin-Tiergarten, wo ich am 9. März 1955 die Reifeprüfung ablegte.

Am 29. April 1955 ließ ich mich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin immatrikulieren und studierte dort 8 Semester Rechtswissenschaften.

Am 12. August 1959 legte ich vor der Prüfungskommission des Justizprüfungsamtes Berlin die 1. Juristische Staatsprüfung ab.

Am 5. Januar 1960 wurde ich zum Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts Berlin ernannt.

Am 1. Mai 1961 ließ ich mich an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz immatrikulieren und studierte dort 3 Semester Rechtswissenschaften.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 23. Juli 1962.

